

VU Research Portal

De bijzondere rechtspositie van de militair

Hummel, N.

2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Hummel, N. (2020). *De bijzondere rechtspositie van de militair*. [, Vrije Universiteit Amsterdam]. Celsus juridische uitgeverij.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Samenvatting en conclusies

‘Het recht groepeerst, categoriseert, maakt onderscheidingen, trekt scheidslijnen. De wet differentieert groepsgewijs en schept daardoor groepsgewijs ongelijkheden. (...). Waar het op aankomt is, dat deze ongelijkheden gerechtvaardigd moeten zijn en dat gevallen welke zozeer met elkaar overeenstemmen, dat een ongelijke behandeling niet op zijn plaats is, niet ongelijk worden behandeld.’

MEMORIE VAN TOELICHTING, *artikel 1 Grondwet*¹

13.1 Inleiding

Aanleiding voor dit onderzoek is de uitzonderingspositie van militairen in de Wnra, een wet die ervoor heeft gezorgd dat de meeste ambtenaren tegenwoordig een arbeidsovereenkomst hebben. Volgens de initiatiefnemers van de Wnra paste de tweedeling tussen ambtenaren met een publiekrechtelijke aanstelling en werknemers met een privaatrechtelijke arbeidsovereenkomst niet langer in de huidige tijdsgeest. In beide gevallen wordt in ondergeschiktheid arbeid verricht. De wetsgeschiedenis bij de Wnra staat bol van termen als ‘eenvormigheid’ en ‘princiële gelijkheid’. Een praktisch voordeel van eenvormigheid van arbeidsverhoudingen is overzichtelijkheid en efficiëntie: er hoeft slechts één rechtssysteem te worden onderhouden. Hoewel het mijns inziens logischer zou zijn geweest om te kiezen uit het beste van twee werelden, is met de Wnra vrijwel volledig aangesloten bij het bestaande arbeidsrecht voor werknemers. Normalisering betekent in dit verband dus het zo veel mogelijk gelijk-trekken van de rechtspositie van ambtenaren met die van werknemers.

Met de hoofdregel van uniformiteit van arbeidsverhoudingen in het achterhoofd, is het opmerkelijk dat een aantal groepen ambtenaren is uitgezonderd van de Wnra. Uit de opsomming van art. 3 AW 2017 wordt direct duidelijk dat het hier gaat om bijzondere (gezags)ambtenaren, zoals bestuurders, rechters, politieagenten en militairen. De onderbouwing voor de gemaakte uitzonderingen is niet altijd even sterk. In de memorie van toelichting wordt in algemene zin gesproken van ‘zwaarwegende

¹ *Kamerstukken II 1975/76, 13872, 1-5, p. 24 (MvT art. 1 Gw).*

argumenten, die er wellicht ook zijn, maar onvoldoende blijken uit de wetsgeschiedenis. Zonder een draagkrachtige motivering, waaruit blijkt dat de arbeidsverhouding zo bijzonder is dat een afwijkend regime nodig is, ondermijnen de uitzonderingen het ideaalbeeld van eenvormigheid arbeidsverhoudingen.

Eén van de uitzonderingscategorieën betreft militaire ambtenaren. De krijgsmacht is gezien haar taakstelling een bijzondere werkgever en de militair derhalve een bijzondere werknemer. Vanwege de opgelegde beperkingen en de risico's die de militair loopt, wijkt de rechtspositie van militairen sterk af van die van andere ambtenaren, met de inzetbaarheid van de krijgsmacht als graadmeter. Vele rechten en – vooral – vele verplichtingen en beperkingen maken de rechtspositie van militaire ambtenaren bijzonder. Enerzijds wordt, in arbeidsrechtelijke zin, van de militair een groot aantal offers gevraagd: aanpassing van zijn uiterlijk, (privé)gedrag en levensstijl; inperking van zijn uitingsvrijheid en familieleden; uitzending naar gebieden overal ter wereld; aanvaarding van overwerk en (langdurige) afwijkingen bij noodsituaties; en, niet in de laatste plaats, tegemoetreding van gevaar en toepassing van (dodelijk) geweld. Anderzijds staan daar een extra materiële zorgplicht en bijzondere erkenning tegenover. Het is aan de militair zelf om te bepalen of de voordelen zwaarder wegen dan de nadelen.

Ik meen dat een bijzondere rechtspositie niet zonder meer een uitzonderingspositie met zich brengt. De initiatiefnemers van de Wnra hebben zelf opgemerkt dat zij een overgang naar het arbeidsrecht voor militairen niet blijvend uitsluiten, maar dat eerst onderzocht moet worden in hoeverre de bepalingen uit het BW zich verdragen met de militaire rechtspositie. In dit proefschrift is hier, mede in het kader van het streven van de wetgever naar een uniforme regeling van arbeidsverhoudingen, gevolg aan gegeven door de bijzondere rechten, verplichtingen en beperkingen te plaatsen in arbeidsrechtelijk perspectief. Een bijzondere positie krijgt pas betekenis, wanneer deze wordt afgezet tegen de 'norm'. In dat kader zijn de verschillen van de rechten, verplichtingen en beperkingen van de militair ambtenaren met die van de genormaliseerde ambtenaar verkend, zodat duidelijk wordt in welk juridisch opzicht de positie van de militair bijzonder is. Dit is geschied aan de hand van de volgende onderzoeksvraag:

Onder welke voorwaarden kan de rechtspositie van de militair, gelet op dienst bijzondere positie, worden genormaliseerd zodat de bijzondere rechten en verplichtingen behouden blijven, althans voor zover deze zijn te rechtvaardigen vanuit de taken van de krijgsmacht?

Uit de omvang van dit proefschrift blijkt dat het gaat om een groot aantal bijzondere rechten, verplichtingen en beperkingen. Voor een gedetailleerd overzicht van de bevindingen verwijs ik naar bijlage 1 en 2 bij dit proefschrift. Bijlage 1 handelt over de bepalingen in de WAD; bijlage 2 over bijzondere (bepalingen in) andere relevante wetgeving. In de bijlagen is verder opgenomen welke bepalingen – los van het normaliseringsvraagstuk – niet (langer) gerechtvaardigd kunnen worden vanuit de taken van de krijgsmacht en dus kunnen komen te vervallen: de ‘bijvangst’. Het aantal ontslaggronden in het AMAR bijvoorbeeld, kan sterk worden gereduceerd en ook in de WAD kan een aantal bepalingen komen te vervallen, met name in titel II over bezwaar, beroep en het klachtrecht.

Mijn uitgangspunt is dat de WAD bij een overgang naar het arbeidsrecht zal blijven voortbestaan, maar in een vorm waarin zij louter de noodzakelijke afwijkingen bevat. Ik realiseer me dat het gevaar van een eigen wet is dat er afwijkingen insluipen of behouden blijven die niet (langer) te rechtvaardigen zijn vanuit de taken van de krijgsmacht. Dat dit ook thans geldt voor een aantal bepalingen in de WAD (art. 3, 6, 7, 8, 9 en 12f), onderstreept dit. Het behoud van een eigen wet beschouw ik als een vorm van erkenning van de bijzondere positie van de militair – een bijzondere positie die de wetgever in 2008 juist wenste te benadrukken. Om te voorkomen dat de bijzondere positie wordt gecamoufleerd, ben ik er voorstander van om deze wet aan te duiden als ‘Militaire Ambtenarenwet’. Analooq aan de Ambtenarenwet 2017, kan deze wet die bepalingen bevatten, die de kern van het militair ambtenaarschap raken.

In de volgende paragraaf wordt de bijzondere positie, bij wijze van samenvattende conclusie, in arbeidsrechtelijk perspectief geplaatst. Dit betekent dat ik de verschillen in de rechten en verplichtingen van de militair en die van de genormaliseerde ambtenaar en, in voorkomende gevallen, de werknemer heb verkend, gevolgd door een korte reflectie over de wijze waarop deze in het arbeidsrecht kunnen worden geïntegreerd. Daarbij ga ik achtereenvolgens in op de bijzondere positie op individueel niveau (paragraaf 13.2.1) en, mede aan de hand van de afsluitingen van hoofdstuk 9 t/m 12, het stakingsverbod (paragraaf 13.2.2). Tot slot concludeer ik dat de oorspronkelijke hypothese bevestigd kan worden: de rechtspositie van militaire ambtenaren *kán* worden genormaliseerd, met dien verstande dat een ‘Militaire Ambtenarenwet’ de noodzakelijke uitzonderingsbepalingen bevat. Ik betoog verder dat een dergelijke normalisering niet alleen haalbaar is, maar ook wenselijk, zowel voor het arbeidsrecht in algemene zin en het militair personeel in specifieke zin (paragraaf 13.3).

13.2 De bijzondere positie in arbeidsrechtelijk perspectief

13.2.1 De bijzondere positie

13.2.1.1 Algemeen

De rechtspositie van militaire ambtenaren komt op hoofdlijnen overeen met die van burgerambtenaren van voor 1 januari 2020. Vanuit dat oogpunt is het opmerkelijk om de rechtspositie van de militair als bijzonder te kwalificeren. Zowel de rechtspositie van burgerambtenaren als die van militairen grijpt terug op art. 109 Gw, dat de wetgever opdraagt om de ‘rechtspositie van ambtenaren’ te regelen. Deze bepaling maakt geen onderscheid tussen burgerlijke en militaire ambtenaren. Evenmin vereist deze bepaling dat de rechtspositie van (militaire) ambtenaren publiekrechtelijk geregeld wordt. Opvallend aan de rechtspositie van militaire ambtenaren is in eerste instantie de publiekrechtelijke aanstelling en de eigen rechtspositiewet: de Wet ambtenaren defensie.

In hoofdstuk 5 is de rechtspositie van militaire ambtenaren omschreven van aanstelling tot ontslag. Daarbij heb ik getracht het ‘gewone’ aan de rechtspositie van de militaire ambtenaren te onderscheiden van het bijzondere. Gebleken is dat de bijzondere positie haar sporen nalaat in legio onderdelen van de rechtspositie van de militair ambtenaar. In bepaalde gevallen leidt dit tot een gradueel verschil, waarbij voor militaire ambtenaren hetzelfde wettelijke kader geldt, maar de toepassing anders uitpakt. Hierbij valt te denken aan de medische (basis)keuring en de eis van het Nederlanderschap en het veiligheidsonderzoek. Het verschil met burgerambtenaren van voor 1 januari 2020 is dat deze aanstellingsvoorwaarden zich uitstrekken tot *alle* militaire ambtenaren, ongeacht de functie. In andere gevallen leidt de bijzondere positie tot juridische verschillen ‘op detailniveau’, waaronder het bezoldigingssysteem, de proeftijd en, zoals verderop in deze conclusie uiteen wordt gezet, de ontslaggronden.

Veel van deze verschillen zijn terug te voeren naar het personeelsbeleid. In hoofdstuk 3 is het gesloten personeelssysteem genoemd als belangrijk kenmerk van het personeelsbeleid. Van oudsher heeft de krijgsmacht een piramidale personeelsopbouw. Na afschaffing van de dienstplicht werd getracht deze te bereiken met aanstellingen voor bepaalde (BBT) en onbepaalde (BOT) tijd; sinds 1 januari 2008 hanteert Defensie het Flexibel Personeelssysteem. Het FPS is gericht op een evenwichtiger personeelsopbouw en een groter aandeel van jongeren in de organisatie, zodat de operationele taken goed uitgevoerd kunnen worden. Met de invoering van het FPS is het niet langer vanzelfsprekend dat een baan bij

Defensie een baan voor het leven is. Inherent aan het personeelsbeleid van Defensie is dat kennis- en ervaringsopbouw van doorslaggevend belang zijn voor de ontwikkeling van de militaire loopbaan. Van de militair vraagt dit het rouleren over functies, het deelnemen aan (defensie)opleidingen, oefeningen – en daadwerkelijke inzet.

Bij de wijziging van de Militaire Ambtenarenwet 1931 per 1 januari 2008 is deze wet verrijkt met een groot aantal ‘bijzondere’ bepalingen. Daarbij legde de wetgever sterk de nadruk op de bijzondere positie van de militair, die in verbinding werd gebracht met de taken van de krijgsmacht. In hoofdstuk 6 heb ik de bijzondere positie besproken aan de hand van acht thema's: het onvoorwaardelijk karakter, het geweldgebruik, de beperkingen op grondrechten, werk en privé, de uitzonderingspositie in (arbeidsrechtelijke) wetgeving, de afwijkingsbevoegdheid, het ontslagrecht, de nazorg en, tot slot, de afwijkende bepalingen inzake de rechtsbescherming. Een negende thema heb ik, vanwege de omvang, separaat besproken in hoofdstuk 7: het militair straf- en tuchtrecht. Deze negen thema's worden hieronder achtereenvolgens besproken.

13.2.1.2 *Werkzaamheden*

Onvoorwaardelijk karakter

Van de militair wordt, ter waarborging van de inzetbaarheid van de krijgsmacht, gevraagd om voortdurend beschikbaar en inzetbaar zijn. Hij is daarbij verplicht om de opgedragen (niet-) militaire taken, overal ter wereld, onvoorwaardelijk uit te voeren. Ik heb geen aanwijzingen gevonden dat de publiekrechtelijke *aanstelling*, dus los van alle bijzondere verplichtingen en beperkingen, in vergelijking met de *arbeidsovereenkomst* leidt tot een juridisch sterkere band tussen de militair en de krijgsmacht. Ook de militair met een arbeidsovereenkomst kan worden gezien als onderdeel van de Staat, net als dat werknemers onderdeel uitmaken van het bedrijf of organisatie waar zij werken. De hogere mate van ondergeschiktheid van de militair ten opzichte van genormaliseerde ambtenaren wordt niet verkregen door de publiekrechtelijke aanstelling, maar door de bijzondere verplichtingen en beperkingen. Deze scheppen de kaders voor een inzetbare krijgsmacht.

In de WAD komt de onvoorwaardelijke inzet tot uitdrukking in art. 12j. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief lijkt deze bepaling op het eerste gezicht van symbolische waarde. Ook de werknemer is verplicht om de bedongen arbeid te verrichten. Voor de militair is de bedongen arbeid echter meeromvattend: het gaat daarbij om het verrichten van militaire

dienst in het algemeen, waaronder de verplichtingen van art. 12j WAD. Deze ruime uitleg van de bedongen arbeid wijkt sterk af van wat in de marktsector gebruikelijk is. Daarbij komt dat in het arbeidsrecht onder omstandigheden kan worden aangenomen dat na verloop van tijd sprake is van stilzwijgende wijziging van de bedongen arbeid. Om iedere discussie hierover kort te sluiten, zie ik het behoud van een wettelijke bepaling als art. 12j WAD als randvoorwaarde voor normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren. Los daarvan acht ik het voorstelbaar dat de wetgever dit, mede gezien de gezindheid rond enkele symbolische ambtelijke kernwaarden in de AW 2017, bijvoorbeeld de ambtseed, sowieso wenselijk acht.

Geweldgebruik

In hoofdstuk 2 kwam naar voren dat de krijgsmacht een geweldsinstrument is. Dit heeft tot gevolg dat de militair in de uitoefening van zijn taken in de situatie komen dat hij geweld moet gebruiken en wapens moet hanteren en/of risico loopt (dodelijk) gewond te raken. Hier kan tegenin gebracht worden dat de militair niet de enige is die in de uitoefening van zijn werkzaamheden risico's loopt. Bij de coronacrisis bijvoorbeeld, staat het zorgpersoneel in de 'frontlinie'. Het verschil is erin gelegen dat het geweldsaspect inherent is aan de militaire taakstelling. Militairen treden op in het hoogste geweldsspectrum. Opvallend is dat politieagenten, die ook een wapen dragen, eveneens zijn uitgezonderd van de Wnra. Is dit dan de bepalende factor geweest voor de voor de uitzonderingspositie van politieagenten en militairen? Volgens de initiatiefnemers is dat niet het geval. De vraag is echter of de uitoefening van het geweldsmonopolie in goede handen is bij militairen met een arbeidsovereenkomst. De aanstellingsvoorwaarden, verplichte defensieopleidingen, instructies en het toezicht (lees: tuchtrecht) kunnen worden beschouwd als waarborg voor verantwoord geweldgebruik. Dit heeft tot gevolg dat deze het regelingsbereik van de cao-partijen overstijgen. Vanwege het openbaar belang dat hiermee wordt gediend, dienen deze waarborgen te worden geregeld bij of krachtens de wet. Dit zie ik als een belangrijke randvoorwaarde voor de normalisering van de rechtspositie van de militair.

Voor de bescherming tegen persoonlijke aansprakelijkheidsrisico's als gevolg van de uitoefening van staatsgeweld, maakt het geen verschil of de militair een aanstelling of een arbeidsovereenkomst heeft. Dit geldt zowel voor de privaatrechtelijke aansprakelijkheid, als voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid, althans indien het Wetboek van Militair Strafrecht wordt gehandhaafd (zie hierna).

Een bepaling in de WAD die erop is gericht om jeugdigen te beschermen tegen geweld, is art. 1a, dat bepaalt dat de minimumleeftijd voor een aan-

stelling tot militair ambtenaar 18 jaar is. Zeventienjarigen kunnen worden aangesteld als ‘aspirant-militair’. Een aanstelling als aspirant-militair kent beperkingen rond de inzet en het dragen van wapens. Art. 1a WAD sluit aan bij het Facultatief Protocol bij het Verdrag inzake de rechten van het kind inzake de betrokkenheid van kinderen bij gewapende conflicten van de Verenigde Naties. Daarom acht ik het uitgesloten dat dit onderwerp wordt geregeld bij cao. Randvoorwaarde voor normalisering van de rechtspositie van de militair is dus dat art. 1a WAD blijft gehandhaafd.

13.2.1.3 *Beperkingen van grondrechten*

Als rode draad door de rechtspositie van de militair ambtenaar lopen de beperkingen op de persoonlijke vrijheid. De WAD bevat een groot aantal beperkingen op de uitoefening van grondrechten. Daarbij geldt dat militairen, net als burgerambtenaren, een beroep kunnen doen op grondrechten. Anders dan werknemers staan (militaire) ambtenaren in een verticale verhouding tot hun werkgever, hetgeen betekent dat zij zich in deze verhouding *direct* kunnen beroepen op hun grondrechten. Ik meen dat er voldoende aanwijzingen zijn dat normalisering van de rechtspositie geen wijziging aanbrengt in de wijze waarop grondrechten doorwerken in het (militair) ambtenarenrecht, omdat het ook dan nog steeds gaat om de verhouding overheid – ambtenaar. Onzeker is echter of de kantonrechter in ambtenarenzaken rechtstreeks zal toetsen aan de grondrechtbepalingen. Voor de (militair) ambtenaar brengt dit vooral het risico met zich dat de kantonrechter niet onderzoekt of een inbreuk is voorzien bij wet – en niet wordt bijgestuurd door de Hoge Raad. Bij de bespreking van de beperkingen in de WAD heb ik de volgende tweedeling gemaakt:

1. Genormaliseerde beperkingen: de beperkingen ten aanzien van het uitoefenen van grondrechten, zoals die voor 1 januari 2020 in meer of mindere mate ook golden voor burgerambtenaren.
2. Bijzondere beperkingen: de beperkingen ten aanzien van het uitoefenen van grondrechten die voor 1 januari 2020 niet golden voor burgerambtenaren.

Onder de genormaliseerde beperkingen vallen de bepalingen inzake de vrijheid van meningsuiting en van vereniging, vergadering en betoging (art. 12a), godsdienstige feest- en rustdagen (art. 12b), het bekleden van politieke ambten en deelname aan vakbondsactiviteiten (art. 12c), het onderzoek aan lichaam, kleding en goederen (12d lid 1), het opleggen

van reisbeperkingen (art. 12e) en de eis van het Nederlanderschap voor functies bij de krijgsmacht (art. 12g). Deze bepalingen corresponderen met beperkingen uit de AW 1929, die ofwel voortleven in de AW 2017, ofwel zijn komen te vervallen. Over het algemeen geldt daarbij dat de bepalingen in de WAD een gelijke strekking hebben, maar op bepaalde punten afwijken vanwege de specifieke (organisatorische) kenmerken van de krijgsmacht. De genormaliseerde beperkingen kunnen op soortgelijke wijze worden genormaliseerd als de daarmee corresponderende bepalingen in de AW 1929. Voor de exacte uitwerking hiervan wordt verwezen naar bijlage 1. Omwille van de overzichtelijkheid geef ik er de voorkeur aan de genormaliseerde beperkingen op te nemen in de Militaire Ambtenarenwet. Verder geldt de kanttekening dat art. 12e WAD te kwalificeren valt als bijzondere bepaling, aangezien het hierin vervatte reisverbod verstrekkender is dan de burgerlijke tegenhanger.

De andere bijzondere beperkingen zijn de verplichte alcohol-/urinetest in het kader van onderzoek naar alcohol- en drugsgebruik (art. 12d lid 2), de binding van de militair aan de militaire gezondheidszorg (art. 12h), het stakingsverbod (art. 12i) en de dienverplichting (art. 12k, -l en -m). Deze beperkingen op het uitoefenen van grondrechten zijn ingevoerd bij de wijziging van de MAW per 1 januari 2008 en staan in nauw verband met de taakstelling van de krijgsmacht en de daaruit voortvloeiende bijzondere positie van de militair. Het behoud van deze wettelijke bepalingen geldt als randvoorwaarde voor normalisering.

Art. 12d lid 2 WAD hangt samen met het *zerotolerance*-drugsbeleid van Defensie. De verplichte alcohol- en drugstest staat, kort gezegd, ten dienste van de (nationale) veiligheid. Het controleren van werknemers op gebruik van drugs vormt een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer en de onaantastbaarheid van het lichaam (art. 10 en 11 Gw en art. 8 EVRM). Dit vereist een specifieke wettelijke grondslag voor het afnemen van een alcohol- en drugstest. Ook de (U)AVG noopt hiertoe, althans volgens de uitleg die de AP hieraan geeft. Art. 12 lid 2 WAD voldoet hier slechts ten dele aan, aangezien deze bepaling niet nader is uitgewerkt in een algemene maatregel van bestuur, ondanks dat het vijfde lid hiertoe opdraagt. Op dit moment wordt binnen Defensie aangenomen dat er geen uitvoering aan kan worden gegeven. Totdat een andere wettelijke grondslag in de UAVG of elders verschijnt, is art. 12d lid 2 WAD voor Defensie een waardevolle bepaling, ook na normalisering. Desondanks is de achterliggende gedachte niet bijzonder, aangezien ook andere werkgevers een gerechtvaardigd belang kunnen hebben bij het afnemen van een alcohol- en/of drugstest. Er zijn zelfs werkgevers die hun werknemers testen op het gebruik van alcohol- en drugs, ondanks dat zij hiervoor een specifieke wettelijke

grondslag ontberen. De regering heeft laten weten van plan te zijn om dit in specifieke risicovolle situaties mogelijk te maken. De kans bestaat dus dat art. 12d lid 2 WAD in de toekomst niet meer kan worden gekwalificeerd als bijzondere beperking.

Aan de fysieke en mentale inzetbaarheid van de militair worden hoge eisen gesteld. Indien de militair hier niet meer aan voldoet, wordt hij *dienstongeschikt* verklaard en als militair ontslagen, ook al kan hij de hem toegewezen functie nog vervullen. Voor militairen geldt een specifiek zorgstelsel, waarbij de zorgverlening geschiedt door de militair geneeskundige diensten. Militairen zijn verplicht hier gebruik van te maken, ook buiten werktijd, zodat inzicht bestaat in hun gezondheidstoestand – en inzetbaarheid. Dit is geregeld in art. 12h WAD, welke bepaling samenhangt met de uitzonderingspositie in de Zorgverzekeringswet. Het militaire zorgsysteem brengt een aantal beperkingen met zich op de rechten en vrijheden van de militair. De positie van de militair verschilt bijvoorbeeld van die van Zwv-verzekeringsplichtigen, die keuzevrijheid hebben met betrekking tot de zorgverzekeraar en -aanbieder. De verplichting van de militair om zich in opdracht van de minister te onderwerpen aan een geneeskundig of tandheelkundig onderzoek vormt een inbreuk op het recht op lichamelijke integriteit. Ten slotte wordt de militair vanwege de verwerking van zijn persoons- en gezondheidsgegevens beperkt in zijn persoonlijke levenssfeer. Art. 12h lid 6 WAD bepaalt bijvoorbeeld dat de militaire arts na overleg met de militair de commandant desgevraagd dan wel op eigen initiatief en ongeacht de toestemming van de militair over diens inzetbaarheid adviseert. Dit staat haaks op het uitgangspunt in het arbeidsrecht dat de werknemer zijn gezondheidsgegevens niet deelt met zijn werkgever, hoewel de bescherming van de privacy van de zieke werknemer tijdens re-integratie op bepaalde onderdelen te wensen overlaat. De achterliggende gedachte valt te billijken, maar de vraag is of art. 12h WAD de patiëntrechten van de militair niet *te* veel naar de achtergrond verdringt. Wat het normaliseringsvraagstuk betreft, concludeer ik dat een wettelijke grondslag voor de militaire gezondheidszorg in enigerlei vorm behouden moet blijven – art. 12h WAD is ontegenzeggelijk bijzonder.

De laatste bijzondere beperking in de WAD is de initiële dienverplichting. Deze houdt in dat het de militair direct na aanstelling niet vrijstaat Defensie te verlaten, behalve tijdens de proeftijd van zes maanden. Doel van de dienverplichting is ten eerste om te waarborgen dat de krijgsmacht ter uitoefening van haar grondwettelijke taken over voldoende personeel kan beschikken en ten tweede om voldoende rendement te behalen uit de opleiding die na aanstelling wordt geboden. Volgens het EHRM kan dit rendements- en paraatheidsdoel een dienverplichting een inbreuk op het

verbod op dwangarbeid rechtvaardigen. Ook in een aantal andere gevallen kan een dienverplichting opgelegd worden, bijvoorbeeld in verband met het volgen van een opleiding of omdat de militair uitgezonden gaat worden (operationele dienverplichting). De dienverplichting betekent een beperking op het grondrecht van vrijheid van arbeidskeuze (art. 19 lid 3 Gw) en is uniek voor rechtspositie van de militair. Een specifieke wettelijke grondslag hiervoor is op 1 januari 2008 opgenomen in de Militaire Ambtenarenwet 1931 (artt. 12k, 12l en 12m WAD). De mogelijkheid om een ontslagaanvraag af te wijzen tijdens de initiële dienverplichting kan worden gezien als een (zeer) bijzonder opzegverbod gericht tot de werknemer. Dit geldt ook voor andere dienverplichtingen. Randvoorwaarde is dat de dienverplichting wettelijk blijft geregeld. Deze regeling vereist enkele technische aanpassingen van het private ontslagrecht, in het bijzonder op het punt van de sanctie op overtreding van het bijzondere opzegverbod door de militair ambtenaar en de reflexwerking van dit bijzondere opzegverbod bij ontbinding op verzoek van de militair werknemer. Opgemerkt moet worden dat deze oplossing een breuk vormt met het systeem van private ontslagrecht, waarin de bijzondere opzegverboden zich slechts richten tot de werkgever. Het verschil zou zijn dat niet Defensie over de handhaving van de dienverplichting oordeelt, maar de kantonrechter. Daarmee wordt bij een overgang naar het arbeidsrecht de regie over de dienverplichting uit handen gegeven. In het kader van de organisatie van de rechtspraak kom ik hierop terug.

13.2.1.4 *Werk en privé*

Alle militaire functies zijn vertrouwensfuncties als bedoeld in de Wet veiligheidsonderzoeken. De bepaling in de WAD inzake veiligheidsfuncties krijgt daarmee extra gewicht ten opzichte van de burgerlijke tegenhanger (art. 12 AW 2017), maar is, zoals hiervoor betoogd, *niet* bijzonder. In de WAD is nog een aantal andere bepalingen te vinden die zien op de integriteit van de militair, die corresponderen met die in de AW 1929, bijvoorbeeld het goed ambtenaar- en goed werkgeverschap (art. 12bis WAD), de verplichte eed of belofte, de verplichting te zorgen voor de totstandkoming van een gedragscode voor goed ambtelijk handelen en het voeren van integriteitsbeleid (art. 125quater WAD). Afgezien van het goed ambtenaar- en goed werkgeverschap, zijn de integriteitsbepalingen uit de AW 1929 gehandhaafd in de AW 2017. Hieruit valt op te maken dat de integriteitsbepalingen in de WAD op zichzelf beschouwd niet bijzonder zijn; de invulling die hier in de praktijk aan wordt gegeven is dat wel. Van militairen wordt in het algemeen verwacht dat zij van onbe-

sproken gedrag zijn. De vraag is welk gevolg normalisering heeft voor de invulling van de integriteitsbepalingen. Hoewel voor Defensie geldt dat er een duidelijk verband is tussen de integriteitseisen en de functie – het militair-zijn in algemene zin –, valt niet uit te sluiten dat de kantonrechter de ‘genormaliseerde’ militair op één lijn zal plaatsen met de werknemer. Dit is een belangrijk risico voor de minister van Defensie bij het voeren van het integriteitsbeleid. Dit kan enigszins worden ondervangen door militaire expertise te verweven in de organisatie van de rechtspraak.

Naast die in de WAD, bevat de militaire rechtspositie ook elders bijzondere beperkingen op grondrechten, bijvoorbeeld de verhuisplicht en beperkingen op de bewegingsvrijheid, die zijn uitgewerkt in lagere regelgeving. Tijdens zijn loopbaan wordt de militair geconfronteerd met ‘feitelijke inconvenïënten’, zoals (het voortdurende rekening houden met) uitzending, primitieve woon-, werk- en leefomstandigheden, regelmatige functie- en standplaatswijzigingen en fysieke risico’s. Anders dan de burgerambtenaar en de werknemer wordt de militair in het algemeen niet aangenomen in één specifieke functie; in de loop van zijn carrière doorloopt hij een reeks van functies. Dit hangt samen met het vereiste van algemene inzetbaarheid. Toewijzing van een andere functie kan een geografische verplaatsing inhouden, soms zelfs naar het buitenland (zie ook art. 12j lid 2 WAD). In het belang van dienst kan de militair worden verplicht te wonen op een bepaalde afstand van de standplaats of in een ambts- of dienstwoning. In de meeste gevallen zal hij op eigen verzoek in aanmerking worden gebracht voor huisvesting aan boord van een marineschip of op de kazerne. Deze ‘huisvesting van rijkswege’ wordt ook genoten bij bepaalde opleidingen, oefeningen, uitzendingen en varen. Verder kan de militair worden verplicht om gebruik te maken van huisvesting van rijkswege bij wacht- en piketdienst, buitengewone omstandigheden en een opgelegde beperking van de bewegingsvrijheid. Dit laatste is erop gericht dat de militair in staat moet zijn onmiddellijk of op zeer korte termijn werkzaamheden of diensten te verrichten.

Verplicht of niet, het doordeweeks wonen aan boord van een marineschip of op de kazerne heeft gevolgen voor de privacy, het (eventuele) gezinsleven en de uitoefening van maatschappelijke functies en plaatsgebonden hobby’s. De verhuisplicht en de beperking op de bewegingsvrijheid vormen een inbreuk art. 2 lid 1 Vierde Protocol EVRM en art. 12 lid 1 IVBPR, waarin de vrijheid van verplaatsing is neergelegd. De vrije keuze van woon- en verblijfplaats wordt hieronder gerekend. Vanwege de verticale doorwerking van grondrechten in het (militaire) ambtenarenrecht, ook na normalisering, is hiervoor een wettelijke grondslag vereist. Op dit moment is dat art. 12 onder *k* WAD, dat de regering opdraagt

om voorschriften vast te stellen ten aanzien van woon-, verblijfs- en bereikbaarheidsverplichtingen. Randvoorwaarde voor normalisering is derhalve dat deze (dan wel een vergelijkbare) bepaling blijft behouden.

13.2.1.5 Uitzonderingspositie in (arbeidsrechtelijke) wetgeving

Als bijzonder kenmerk van de militaire rechtspositie wordt verder verwezen naar de uitzonderingspositie in een aantal sociaalrechtelijke wetten: de Wet op de ondernemingsraden, Arbeidsomstandighedenwet, Arbeidstijdenwet, Zorgverzekeringswet, Wet flexibel werken en de Wet Arbeid en Zorg. Andersom geredeneerd kan het, indien het uitgangspunt is dat de militaire rechtspositie uitzonderlijk is, als bijzonder worden aangemerkt dat de meeste sociaalrechtelijke wetten onverkort van toepassing zijn. Bij de uitzonderingspositie in deze wetten geldt in de meeste gevallen als uitgangspunt dat de wet van toepassing is, tenzij de taakstelling van de krijgsmacht zich hier niet mee verdraagt. Wat betreft de uitzonderingspositie in sociaalrechtelijke wetten kan worden geconstateerd dat geen daarvan de overgang naar het arbeidsovereenkomstenrecht in de weg staat. In alle gevallen kunnen de uitzonderingsbepalingen worden gehandhaafd, zonder dat dit direct gevolgen heeft voor Defensie of de militair. Dat de bedoelde wetten ook enkele uitzonderingsbepalingen bevatten voor genormaliseerde burgerambtenaren of werknemers, onderschrijft dit.

13.2.1.6 Afwijkingsbevoegdheid

Over de gehele linie van de rechtspositie komt de verregaande eenzijdigheid tot uitdrukking. Een van de uitschieters is de bevoegdheid van de minister om in buitengewone omstandigheden tijdelijk af te wijken van hetgeen bij of krachtens de WAD is bepaald, voor zover dit met het oog op de goede uitvoering van de operationele taken van de krijgsmacht noodzakelijk is. Dit is neergelegd in art. 1b WAD. Deze bepaling is uniek voor militaire ambtenaren. Een vergelijkbare bepaling kwam/komt niet voor in de AW 1929/AW 2017. De definitie van buitengewone omstandigheden is tweeledig. In de eerste plaats is de minister bevoegd om de in art. 1b WAD vervatte buitengewone bevoegdheden toe te passen indien de beperkte noodtoestand of algemene noodtoestand is afgekondigd zoals bedoeld in art. 1 Cwu. In de tweede plaats is de minister bevoegd om af te wijken indien sprake is van ‘andere omstandigheden’ die naar zijn oordeel toepassing van buitengewone bevoegdheden noodzakelijk maken. Hier, bijvoorbeeld hulp bij orkaan- of stormschade, dijkdoorbraak met

wateroverlast, vliegkamp in stedelijk gebied of bij ‘oplopende spanning’. Het noodrecht van art. 1b WAD kan worden gekwalificeerd als vormvrije separate toepassing van het noodrecht: de bevoegdheid treedt in werking bij ministerieel besluit en niet via de standaardprocedure (koninklijk besluit gevolgd door een verlengingswet).

Om het bijzondere aan art. 1b WAD te illustreren, is deze afwijkingsbevoegdheid vergeleken met de drie ‘afwijkingsgrondslagen’ in het arbeidsrecht: de beperkende (derogerende) werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 1 BW), de daarmee verband houdende eisen van goed werknemer- en werkgeverschap (art. 7:611 BW) en het eenzijdige-wijzigingsbeding (art. 7:613 BW). Uit deze vergelijking blijkt dat met name het afwijkingsbereik en de clausulering van art. 1b WAD bijzonder zijn. Onder het afwijkingsbereik van art. 1b WAD valt ‘hetgeen bij op krachtens deze wet is bepaald’, dus bijvoorbeeld ook de grondrechtrakende bepalingen, de verlofregeling en het ontslagrecht. Een gelijke regeling in het arbeidsrecht zou inhouden dat de minister bij buitengewone omstandigheden tevens kan afwijken van titel 7.10 BW. Naar het zich laat aanzien biedt alleen de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (en wellicht ook art. 7:611 BW als nadere concretisering daarvan) de mogelijkheid voor dergelijke tijdelijke doch ingrijpende afwijkingen.

Wat betreft de clausulering moet worden opgemerkt dat de afwijkingsbevoegdheid van art. 1b WAD alleen geldt ‘voor zover dit met het oog op de goede uitvoering van de operationele taken van de krijgsmacht noodzakelijk is’. Daarbij is geen plaats voor een (individuele) belangenafweging. Voor de arbeidsrechtelijke wijzigingsgrondslagen ligt dit anders. Het belang van de werknemer bij het ongewijzigd blijven van de arbeidsovereenkomst speelt in alle drie de gevallen een rol, hoewel de mate waarin dit wordt meegewogen per wijzigingsgrondslag kan verschillen. Dit valt niet te verenigen met de gedachte achter art. 1b WAD – met het accent eenzijdig op het belang van de inzetbaarheid van de krijgsmacht. De onzekerheid die hier voor Defensie uit voortvloeit, is niet wenselijk, omdat het gaat om de inzetbaarheid van de krijgsmacht in omstandigheden, waarvoor de krijgsmacht nu juist is bedoeld. Dit betekent dat het arbeidsrecht geen volwaardige tegenhanger van art. 1b WAD kent. Art. 1b WAD is dus een bijzondere bepaling.

Het voorgaande betekent niet dat deze bepaling normalisering van de rechtspositie van de militair ambtenaar in de weg staat. Er kan worden geopteerd voor ‘voorwaardelijke tweezijdigheid’, die bij buitengewone omstandigheden plaatsmaakt voor geclausuleerde eenzijdigheid. Dit levert naar mijn oordeel geen fundamentele strijd op met het arbeidsover-

eenkomstenrecht. Ten eerste geldt dat ook van werknemers bij wijziging van de werkgeversomstandigheden een zekere mate van flexibiliteit wordt verwacht. Ten tweede kan van hogerhand worden ingegrepen in de arbeidsvoorwaarden. Bij buitengewone omstandigheden bijvoorbeeld, kan de Noodwet Arbeidsvoorziening in werking worden gesteld. In het verleden bevatten ook het Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen 1945 en de Wet op de loonvorming verregaande afwijkingsbevoegdheden. Hieruit maak ik op dat de afwijkingsbevoegdheid van art. 1b WAD het arbeidsovereenkomstenrecht zou oprekken, maar niet geheel zou ontsieren. Randvoorwaardelijk voor normalisering acht ik dus het behoud van de afwijkingsbevoegdheid.

De arbeidsrechtelijke versie van art. 1b WAD dient echter niet verder te reiken dan strikt noodzakelijk is. Dit noopt tot een kritische blik richting de noodzaak om de bevoegdheid te bieden om af te wijken van *arbeidswetgeving*. Een minder verstrekkend alternatief is om per relevante bepaling in het BW een geclausuleerde afwijkingsmogelijkheid op te nemen. Ook los hiervan meen ik dat een kritische blik richting de afwijkingsbevoegdheid art. 1b WAD de wetgever niet zou misstaan. Is separate vormvrije toepassing hier bijvoorbeeld echt nodig? Laat de regering haar bewustzijn van de bijzondere positie tonen door bij de geplande modernisering van het staatsnoodrecht ook de WAD in ogenschouw te nemen!

13.2.1.7 *Ontslagrecht*

Het ontslagrecht voor militairen verschilt niet wezenlijk van dat voor burgerambtenaren van voor 1 januari 2020. Uit een vergelijking met het private ontslagrecht blijkt bovendien dat de ontslaggronden van titel 7.10 BW en die van het AMAR tot op zekere hoogte vergelijkbaar zijn. Opvallend is dat de militaire rechtspositie naast het leeftijds- en pensioenontslag en reservistenontslag maar liefst vijftien ontslaggronden telt, bijna het dubbele ten opzichte van het civiele ontslagrecht van titel 7.10 BW. Een aantal van deze ontslaggronden kan mijns inziens komen te vervallen (zie bijlage 1); (de invulling van) enkele andere ontslaggronden is bijzonder. Hierbij gaat het om het ontslag wegens overtolligheid, wegens ziekte of gebrek, ontheffing van de initiële opleiding en wegens het Flexibel Personeelssysteem.

Het FPS bijvoorbeeld, is met de verschillende loopbaanfasen uniek in zijn vorm, hoewel ook *up-or-out* systemen ook worden gehanteerd in het bedrijfsleven, vooral bij werkgevers in de dienstverlenende sector, zoals advocatenkantoren, accountantskantoren en sommige consultancybureaus. Het FPS is het enige *up-or-out* systeem in Nederland met een

wettelijke basis: art. 12quinquies WAD. Art. 39 lid 2 onder *i* AMAR biedt de grondslag voor het zogeheten ‘FPS-ontslag’. Bijzonder aan dit ontslag is dat de aanstelling van een militair die de hem toegewezen functie naar behoren vervult, toch kan worden beëindigd. Met de arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als uitgangspunt, rijst de vraag of het private ontslagrecht ruimte biedt voor *up-or-out* ontslag. Sinds de inwerking-treding van de Wwz kent het private ontslagrecht, net als het militaire ambtenarenrecht, een gesloten stelsel van ontslaggronden (art. 7:669 lid 3 BW). Dit stelsel biedt geen uitgesproken mogelijkheid voor *up-or-out* ontslag. Het is de bedoeling dat het FPS in 2020 wordt vervangen. Mijn verwachting is evenwel dat de *up-or-out* systematiek ook in het nieuwe personeelssysteem op enigerlei wijze terugkeert, omdat de krijgsmacht nu eenmaal behoefte heeft aan inzetbare en fitte (jonge) militairen.

Uiteindelijk vallen de bijzondere ontslaggronden terug te voeren op de taakstelling van de krijgsmacht, die vraagt om voldoende inzetbaar en gekwalificeerd personeel. Vanwege de bijzondere taken van de krijgsmacht worden militairen niet aangesteld voor het vervullen van een specifieke functie, maar zijn zij in beginsel bestemd om tijdens de loopbaan geregeld van functie te wisselen. Met name dit functieroulatiesysteem noopt ertoe om de ontslaggronden in bepaalde gevallen anders in te vullen of, ingeval van de civiele *g*-grond inzake een verstoorde arbeidsverhouding, voor het merendeel van de militairen achterwege te laten. Bij een ontslag wegens ziekte of gebrek (art. 39 lid 2 onder *f* AMAR) gaat het bijvoorbeeld niet om de geschiktheid van de militair voor een (groep van) specifieke functie(s) – vergelijkbaar met de ‘bedongen arbeid’ zoals vermeld in art. 7:669 lid 3 onder *b* BW – , maar om die ‘voor de dienst’. Aan militairen worden zware fysieke en geestelijke eisen gesteld. Dit leidt tot een hogere uitstroomkans. De bijzondere positie van de militair heeft aldus zijn weerslag op het militaire ontslagrecht. Niet het grote aantal, maar de afwijkende (invulling van de) ontslaggronden zorgt ervoor dat de militair kan worden ontslagen in situaties, waarin dit voor een ‘gewone’ werknemer niet aan de orde is.

De vraag is of de verdergaande beperkingen en verplichtingen, en de bereidheid om offers te brengen, niet moeten leiden tot meer ontslagbescherming. Op dit punt sluit ik mij aan bij de grondwetgever van 1848. Naar mijn mening is verdedigbaar dat tegenover de (arbeidsrechtelijke) offers die van de militair worden gevraagd ten minste een ‘met name aangeduide en objectief omschreven ontslaggrond’ wordt geplaatst.² Dit zorgt voor meer rechtszekerheid van de militair, aangezien het opnemen

2 Vgl. Staatscommissie-Kranenburg 1958, p. 103.

van specifieke ontslagcriteria de voorspelbaarheid van de uitkomst van een ontslagprocedure ten goede komt. De ontslaggronden mogen echter niet zodanig star zijn, dat het de minister geheel onmogelijk wordt gemaakt om een militair te ontslaan, indien het belang van de (inzetbaarheid van de) krijgsmacht dit vordert.³

Eventuele normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren brengt het risico met zich dat het gesloten stelsel van ontslaggronden van titel 7.10 BW in de toekomst wordt opengebroken – een ontwikkeling die met de invoering van de cumulatiegrond (de i-grond) wellicht al in gang is gezet. Dit betekent echter niet dat ik normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren om deze reden van de hand wijs. Een minderheid van de Staatscommissie-Kranenburg opperde reeds in 1958 dat een bijzondere regeling, die bij ontslag ‘verder gepreciseerde bescherming’ biedt, niet hoeft te leiden tot een geheel afzonderlijke rechtspositie. Volgens de minderheid kan dit ook worden opgevangen door ‘een verbijzonderend stel regels op de grondslag van het gemene ontslagrecht’.⁴ Naar de huidige stand van het civiele ontslagrecht betekent dit, dat bij eventuele normalisering van de rechtspositie van militairen de afwijkende (invulling van de) nog relevante militaire ontslaggronden moet(en) worden toegevoegd aan art. 7:669 BW, en de g- en i-grond voor militairen buiten toepassing moeten worden gelaten.

13.2.1.8 *Nazorg*

In de uitoefening van hun taken lopen militairen een verhoogd risico op letsel. Volgens de wetgever vergt dit een ‘bijzondere zorgplicht’ van de overheid – in 2012 tot uitdrukking gebracht in de Veteranenwet. Deze ligt in het verlengde van de materiële zorgplicht, in arbeidsrechtelijke termen aangeduid met werkgeversaansprakelijkheid. Voor de aanspraken op arbeidsongeschiktheidsuitkeringen en invaliditeits- en nabestaandenpensioenen geldt voor militairen een bijzondere regeling. Net als andere werknemers komen militairen die arbeidsongeschikt raken in aanmerking voor een arbeidsongeschiktheidsuitkering op grond van de WIA. Aanvullende aanspraken zijn neergelegd in het Besluit aanvullende arbeidsongeschiktheids- en invaliditeitsvoorzieningen militairen en het Besluit bijzondere militaire pensioenen, met art. 2 lid 5 Kaderwet militaire pensioenen als wettelijke basis. Onder ‘gewone’ omstandigheden is de werkgeversaansprakelijkheid vergelijkbaar met die in het burgerambtena-

3 Vgl. Staatscommissie-Kranenburg 1958, p. 103.

4 Staatscommissie-Kranenburg 1958, p. 105-106.

renrecht van voor 1 januari 2020. Dit betekent dat de rechtspositie voorziet een aanvulling op de loondoorbetaling bij ziekte (art. 17 lid 4 IBM) en arbeidsongeschiktheidsuitkeringen en dat tevens – via de jurisprudentie van de Raad – een beroep kan worden gedaan op de civielrechtelijke werkgeversaansprakelijkheid van art. 7:658 BW. Op genormaliseerde ambtenaren is art. 7:658 BW inmiddels direct van toepassing. In aanvulling daarop zijn de rechtspositionele aanspraken die verband houden met het bedrijfsgeval, de beroepsziekte en het beroepsincident opgenomen in de cao. Voor militairen kan dit op soortgelijke wijze worden geregeld.

Dit geldt evenwel niet voor de werkgeversaansprakelijkheid onder buitengewone of daarmee vergelijkbare omstandigheden, zoals militaire oefeningen en crisisbeheersingsoperaties. Bij ‘invaliditeit met dienstverband’ (het dienstongeval) heeft de militair aanspraak op een invaliditeitspensioen, volledige schadevergoeding, en, eventueel, andere bijzondere uitkeringen en voorzieningen. Hierbij staat de verzorgingsgedachte voorop: een zorgplicht van de Staat richting oorlogs- en dienstslachtoffers. Ik meen dat deze dermate samenhangen met de bijzondere positie van de militair, dat deze het domein van het arbeidsvoorwaardenoverleg overstijgen. Dit vraagt om een regeling bij of krachtens de wet. Voorwaarde voor normalisering is dus het behoud van art. 2 lid 5 KMP en het Besluit AO/IV, althans voor zover dit besluit ziet op het dienstongeval. Eigenlijk gaat het hier ook niet om een *werkgeversaansprakelijkheid*. De militair is immers verplicht zijn leven op het spel te zetten voor de gemeenschap. De schadeloosstelling voor militaire oorlogs- en dienstslachtoffers is daarom te zien als een ‘ereschuld’: een aansprakelijkheid van de gemeenschap voor de geleden schade. Hierbij past een materieel zorgstelsel dat spoort met de bijzondere zorgplicht van Defensie.

Deze gedachte ligt ook ten grondslag aan de totstandkoming van de Veteranenwet. In deze wet is voorzien in een zorgplicht voor, tijdens en na inzet en in een ‘bijzondere zorgplicht’, die inhoudt dat dat veteranen en hun naasten worden bijgestaan bij hun revalidatie en re-integratie en bij het verkrijgen van materiële zorg, maatschappelijke ondersteuning of geestelijke gezondheidszorg. De zorgplichten van de Veteranenwet, zoals nader uitgewerkt in het Veteranenbesluit, gelden als aanvulling op wettelijke aanspraken in verband met werkloosheid, ziekte, arbeidsongeschiktheid, invaliditeit en overlijden. Blijkens de memorie van toelichting staat de Veteranenwet in verband met de ‘bijzondere eisen’ en ‘bijzondere status’. De idee is dat tegenover de bijzondere verplichtingen en beperkingen een goede (na)zorg, ondersteuning en begeleiding van de militair dienen te staan. Daarbij wordt gesteld dat de overheid hier mede toe verplicht is vanwege het feit dat zij ook besluit tot de uitzending van de militair. De

Veteranenwet onderstreept dus de bijzondere positie van de militair. Op zich zouden de aanvullende aanspraken uit de Veteranenwet ook in een cao kunnen worden vastgelegd. Echter, het lijkt mij gerechtvaardigd dat de bijzondere zorgplicht jegens veteranen in wetgeving blijft vastgelegd. Het gaat hier namelijk om een bijzondere zorgplicht van de *overheid* en dus niet zozeer van Defensie als werkgever.

13.2.1.9 *Rechtsbescherming*

In het voorgaande heb ik geconstateerd dat normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren voor Defensie mogelijk verlies van beleidsvrijheid tot gevolg heeft ten aanzien van de handhaving van de bijzondere verplichtingen en beperkingen, zoals de grondrechtakende bepalingen in de WAD, het drugsbeleid, (andere) integriteitseisen en het verlenen van *up-or-out* ontslag. Dit hangt ermee samen dat normalisering impliceert dat de publiekrechtelijke rechtsbescherming wordt verruild voor privaatrechtelijke rechtsbescherming. Dit heeft weerslag op de toetsing door de rechter. De bestuursrechter toetst de rechtmatigheid van het besluit (zij het op basis van het beroepschrift) en niet wat binnen de rechtsbetrekking tussen het bestuursorgaan en de ambtenaar heeft te gelden. Bovendien is het onzeker hoe de kantonrechter om zal gaan met de beleidsruimte van de minister. Op welke wijze kan worden gewaarborgd dat de burgerlijke rechter voldoende rekening houdt met de bijzondere positie van deze overheidswerkgever? Bij de beantwoording van deze vraag is van belang dat titel II WAD ook thans enkele bijzondere bepalingen bevat ten aanzien van bezwaar, beroep en klachtrecht. De meeste daarvan kunnen komen te vervallen, ook indien de rechtspositie van de militair publiekrechtelijk geregeld blijft. Dit geldt voor de van de Awb afwijkende termijnen (art. 3), het vooronderzoek door de commandant (art. 6), de bepalingen inzake samenloop met het straf- en tuchtrecht (art. 7 en 8) en de grondslag voor de bijzondere klachtregeling (art. 9). Dit ligt anders voor de organisatie van de rechtspraak (art. 5).

De afwijkende organisatie van de rechtspraak in militaire ambtenarenzaken staat in nauw verband met de bijzondere positie – een gedachte die de totstandkoming van de Militaire Ambtenarenwet in 1931 in herinnering brengt, toen werd gemeend dat de organisatie voor burgerambtenarenzaken niet zonder meer kon worden overgenomen. De wetgever meende dat in militaire ambtenarenzaken speciale kennis nodig was van de bijzondere militaire verhoudingen. Daarom is het gerecht in eerste aanleg bij de behandeling van militaire zaken aangevuld met militaire leden. Om dit niet nodeloos ingewikkeld te maken en de berechting van

de militaire ambtenarenzaken zo veel mogelijk bijeen te houden, is de rechtsmacht in eerste aanleg geconcentreerd bij de rechtbank Den Haag, die voor het behandelen en beslissen van zaken op grond van de WAD enkelvoudige en meervoudige kamers kan vormen. De enkelvoudige kamer bestaat uit een burgerrechter: de ‘militaire ambtenarenrechter’; de meervoudige kamer kent twee burgerrechters en een militair lid. Alleen (eervol ontslagen) militaire ambtenaren kunnen worden benoemd tot militair lid.

In arbeidszaken worden in eerste aanleg geen meervoudige kamers gevormd. Ondanks dat dit een *unicum* zal zijn in het arbeidsrecht, pleit ik ervoor om bij normalisering voor de huidige organisatie van de rechtspraak in militaire ambtenarenzaken mee te nemen naar het arbeidsrecht, niet alleen in eerste aanleg, maar ook in hoger beroep. Ik zie dit als belangrijke randvoorwaarden voor normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren. Juist voor Defensie is van groot belang om onder verantwoordelijkheid van de minister een personeelsbeleid te kunnen voeren dat de kaders schept voor een inzetbare krijgsmacht. Daarbij mogen militairen en werknemers niet over één kam worden geschoren.

13.2.1.10 Militair straf- en tuchtrecht

Kenmerk van de bijzondere rechtspositie is verder dat de krijgsmacht een strikt stelsel van normen en waarden hanteert, dat wordt gehandhaafd met een eigen straf- en tuchtrecht, neergelegd in het Wetboek van Militair Strafrecht en de Wet militair tuchtrecht. Algemeen gezegd vallen onder het militair strafrecht gedragingen die een inbreuk vormen op de primaire taak van de krijgsmacht; onder het militair tuchtrecht gedragingen die de interne orde betreffen. Het bestaansrecht van het militair straf- en tuchtrecht valt te relateren aan het onvoorwaardelijke karakter van de arbeidsverhouding, alsmede de bevoegdheid om geweld te gebruiken. Bij de totstandkoming van de Militaire Ambtenarenwet in 1931 werd juist de militaire tucht kenmerkend geacht voor de bijzondere verhoudingen. In die tijd was het militair straf- en tuchtrecht reeds wettelijk geregeld. De wetgever meende dat de ambtenarenrechter niet kon oordelen over de discipline binnen de krijgsmacht. Dit was het belangrijkste argument voor de eigen rechtspositiewet voor militairen. Anders dan de AW 1929 biedt de WAD geen grondslag voor het opleggen van disciplinaire straffen. Het primaat ligt hier bij het militair straf- en tuchtrecht.

In de discussie rond de uitzonderingspositie in de Wnra speelt het militair straf- en tuchtrecht impliciet een belangrijke rol. In algemene termen wordt gesproken van de ‘bijzondere eisen’ die aan militairen worden gesteld.

Gesteld kan worden dat de hiervoor geschetste bijzondere verplichtingen extra gewicht krijgen door de strafbaarstelling in het militair strafrecht. Opvallend is het militair strafrecht in zekere zin is genormaliseerd. Militairen die ervan worden verdacht strafbare feiten te hebben begaan, worden in beginsel op dezelfde wijze vervolgd als burgers. Wel heeft de militair nog steeds een bijzondere positie in het strafrecht. Deze komt tot uitdrukking in de bijzondere strafbepalingen, die zijn opgenomen in het Wetboek van Militair Strafrecht, en in de afwijkende bepalingen van procesrecht, die zijn opgenomen in de Wet militaire strafrechtspraak. Vanuit arbeidsrechtelijk perspectief is het bijzonder dat de militair strafrechtelijk vervolgd kan worden wegens een tekortkoming in de nakoming van zijn verplichtingen, bijvoorbeeld het niet-opvolgen van een dienstbevel of ongeoorloofde afwezigheid. Ook bijzonder is dat de militair vervolgd kan worden wegens functioneel gebruik van geweld – een onderdeel van de bedongen arbeid. Inherent aan zijn taakuitoefening is dat de militair, net als de politieagent, een ‘kwetsbare’ verdachte is, van wie mag worden verwacht iedere geweldsaanwending achteraf te (kunnen) verantwoorden.

Voorwaarde voor normalisering is dat het militair strafrecht kan worden gehandhaafd. Dat het commune strafrecht bepalingen bevat (inzake ambtsmisdrijven) die specifiek gelden voor ambtenaren, ongeacht of zij een aanstelling hebben, bevestigt dat het Wetboek van Militair Strafrecht behouden kan blijven bij eventuele normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren. Het strafrecht en het arbeidsrecht zijn twee afzonderlijke wegen, elk met een eigen invalshoek: de verantwoordelijkheid in en jegens de samenleving resp. het (herstel van het) naar behoren functioneren van de werkgeversorganisatie. Echter, in sommige gevallen kan de handhaving van de bijzondere verplichtingen via het militair strafrecht op gespannen voet komen te staan met bepalingen uit titel 7.10 BW ter bescherming van de werknemer. Een voorbeeld is de dienverplichting in relatie tot art. 7:659 lid 2 BW, dat bepaalt dat het afdwingen van persoonlijke arbeid middels het opleggen van een dwangsom of gijzeling niet is toegelaten. Om ervoor te zorgen dat de mogelijkheid de dienverplichting te handhaven in het arbeidsrecht boven iedere twijfel is verheven, kan in een extra lid aan art. 7:659 BW worden toegevoegd dat het tweede lid niets afdoet aan de toepasselijkheid van het Wetboek van Militair Strafrecht (en de Wet militair tuchtrecht) ten aanzien van de dienverplichting van militairen.

Dat voor militairen een eigen tuchtwet geldt, is op zichzelf beschouwd niet bijzonder. Ook in het arbeidsrecht kan overtreding van interne regels leiden tot tuchtrechtelijke straffen, zoals een geldboete. Bovendien kent

het arbeidsrecht beroepsgroepen die vallen onder een eigen, wettelijk geregeld, tuchtrecht, zoals in de gezondheidszorg, de advocatuur en het notariaat. Het militair straf- en tuchtrecht geldt als een waarborg tegen onrechtmatig geweldgebruik door de militair ambtenaar. Vergeleken met het militair tuchtrecht staat het arbeidstuchtrecht, dat een algemene wettelijke regeling ontbeert, nog in de kinderschoenen. Een eigen tuchtwet zal de aanvaardbaarheid van normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren waarschijnlijk vergroten.

Ook om twee andere redenen ben ik er geen voorstander van om het militair tuchtrecht te integreren in het arbeidsrecht, noch in het militaire ambtenarenrecht. Ten eerste is de krijgsmacht naast een werkgemeenschap ook een leefgemeenschap. Dit vraagt om andersoortige normen, die qua zwaarte en strafbevoegdheid niet zonder meer kunnen worden vermengd met de disciplinaire straffen uit het commune ambtenarenrecht. De tweede reden is dat de procedure in het militair tuchtrecht sterk afwijkt van wat in het ambtenaren- en arbeidsrecht gebruikelijk is. Het militair tuchtrecht dient ter handhaving van de interne orde en discipline binnen de krijgsmacht. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het snelrecht is, hetgeen tot uitdrukking komt in korte verval- en behandeltermijnen. Indien het militair tuchtrecht wordt geïntegreerd in het arbeidsrecht, dan vraagt dat om bijzondere bepalingen van procesrecht, bijvoorbeeld nóg kortere vervaltermijnen dan die van art. 7:686a lid 4 BW en uitsluiting van hoger beroep (vgl. art. 7:685 lid 11 (oud)). Bij normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren pleit dit alles voor handhaving van de *status quo* van het militair straf- en tuchtrecht.

13.2.2 *Stakingsverbod*

13.2.2.1 *Rechtvaardiging*

Cruciale bijzondere beperking is dat het militairen niet is toegestaan om deel te nemen aan een staking (art. 12i lid 1 WAD). Op zichzelf beschouwd kan het stakingsverbod, net als de overige beperkingen op grondrechten, eenvoudigweg worden gerealiseerd in het arbeidsrecht door handhaving van art. 12i WAD. Het gaat erom wat het stakingsverbod betekent voor de onderhandelingspositie van de militaire bonden op het moment dat het cao-overleg in de plaats treedt van het georganiseerd overleg. Deze vraag stond centraal in deel III van dit proefschrift.

Allereerst is in hoofdstuk 9 de vraag gesteld of het stakingsverbod voor militaire ambtenaren houdbaar is in het licht van de internationale verdra-

gen, in het bijzonder art. 11 EVRM. De gedachte achter het stakingsverbod is dat vooraf niet valt te voorspellen wanneer inzet van de krijgsmacht daadwerkelijk nodig is, zodat de operationele gereedheid continu moet worden gewaarborgd. De toezichthouders op de internationale verdragen vereenzelvigen het recht op vakverenigingsvrijheid met het recht op collectief onderhandelen en het stakingsrecht. Dit verklaart dat het EHRM het collectief actierecht afleidt van art. 11 EVRM, in welke bepaling het recht op (vak)verenigingsvrijheid is vervat. In tegenstelling tot art. 6 lid 4 ESH, heeft Nederland bij art. 11 EVRM geen voorbehoud gemaakt voor het defensiepersoneel. In beginsel kunnen militairen het collectief actierecht dus ontleen aan art. 11 EVRM. Dit geldt overigens ongeacht of hun rechtspositie wordt genormaliseerd. Beperkingen zijn slechts toegestaan binnen de *materiële* grenzen van het tweede lid.

Naar mijn mening valt een stakingsverbod voor alle militairen, ongeacht of zij zijn geplaatst in een operationele of ondersteunende functie, goed te rechtvaardigen vanuit de voortdurende en onvoorwaardelijke gereedheid die wordt vereist van alle – onderling samenhangende – eenheden van de krijgsmacht, teneinde de grondwettelijke taken uit te oefenen. Het voorbehoud bij art. 6 lid 4 ESH kan wat mij betreft komen te vervallen. Ons absoluut stakingsverbod voor militairen levert, gelet op de oordelen van het Europees Comité voor Sociale Rechten geen strijd op met dit verdragsartikel. Dit komt mede doordat in Nederland daadwerkelijk collectief wordt onderhandeld over de arbeidsvoorwaarden van militaire ambtenaren en doordat er een voorziening is ter beslechting van collectieve arbeidsgeschillen: de Advies- en Arbitragecommissie Rijksdienst.

13.2.2.2 *Vergelijking met het collectief actierecht van de politie*

Uitdrukkelijk is het militaire ambtenaren toegestaan om deel te nemen aan andere vormen van collectieve actie, tenzij deze deelname de operationele inzet van de krijgsmacht kan verstoren of belemmeren (art. 12i lid 2 WAD). Het is niet geheel duidelijk welke acties toelaatbaar worden geacht, aangezien het protocol dat de wetgever bij de totstandkoming van art. 12i WAD in het vooruitzicht heeft gesteld, (nog steeds) niet tot stand is gebracht. Kennelijk is hier in de praktijk geen behoefte aan. Een goede lezer zou uit de memorie van toelichting kunnen opmaken dat het de bedoeling van de wetgever is dat het collectief actierecht van art. 12i lid 2 WAD zich beperkt tot acties die *geen* belemmering vormen voor het functioneren van de militaire openbare dienst. Inherent aan de collectieve actie is nu juist dat deze de bedrijfsvoering van de werkgever belemmert, om zodoende een zekere druk uit te oefenen. Dit doet vermoeden dat

in art. 12i lid 2 WAD slechts besloten ligt dat het militairen vrijstaat hun onvrede kunnen uiten, bijvoorbeeld door flyeracties of cao-protestacties. In de praktijk bedienen de defensiebonden zich ook niet van andersoortige acties. Mocht het ooit tot een kort geding komen, dan pleit ik ervoor dat de voorzieningenrechter art. 12 lid 2 WAD letterlijk interpreteert en onderzoekt of de actie slechts de *operationele inzet* kan verstoren of belemmeren. Op deze manier kan worden voorkomen dat het toch al precare collectief actierecht van militairen helemaal verwordt tot een lege huls.

De initiatiefnemers van de Wnra suggereren dat dit collectief actierecht wellicht goed te vergelijken is met dat van de politie. Daarom ik in hoofdstuk 10 het collectief actierecht van de politie onderzocht. Het stakingsrecht van andere essentiële diensten is beperkt, zij het dat dit niet op voorhand vaststaat, maar per geval moet worden beoordeeld. Hierbij moet niet worden gekeken naar de *dienst* in de zin van sector, maar naar de *dienstverlening*. Voor (politie)ambtenaren geldt dat een voorgenomen collectieve actie aan de hand van de dezelfde maatstaven wordt beoordeeld als die van andere werknemers. De bijzondere taak om de openbare orde te handhaven en de veiligheid van de burgers te waarborgen, leidt ertoe dat de politie, evenals andere essentiële diensten (bijvoorbeeld brandweer en zorg), in de uitoefening van het recht op collectieve actie eerder tegen beperkingen aanloopt. Er zijn niet veel situaties voorstelbaar waarin politieagenten hun diensten kunnen onderbreken. Vooralsnog zijn alleen een staking tijdens voetbalwedstrijden (afhankelijk van de dreigingsanalyse) en het stopzetten van ondersteuning aan gerechtsdeurwaarders toelaatbaar geacht door de rechter, mits voorzien is in een minimumniveau van de dienstverlening. Dit betekent niet dat politieagenten zo goed als verstoken zijn van het collectief actierecht. Uit de jurisprudentie ontstaat het beeld dat de rechter, juist om uitholling van het collectief actierecht te voorkomen, genegen is om andere actievormen zo veel als mogelijk doorgang te laten vinden: waar de ene deur sluit, opent de andere. Het gebruik van dienstvoertuigen voor langzaamacties op de snelwegen, sirene-acties en flyeracties zullen niet snel als onrechtmatig worden beschouwd. Zelfs het niet-optreden tegen geringe (niet-gevaarzettende) vergrijpen lijkt door de beugel te kunnen; het niet-assisteren van deurwaarders kon dat immers ook.

Dit betekent dat politieagenten beduidend meer actiemogelijkheden kennen dan militairen. Het is bijvoorbeeld ondenkbaar dat militairen het defensiematerieel inzetten tijdens een collectieve actie. Hierdoor zal al snel de indruk ontstaan dat militaire macht wordt geplaatst tegenover het gezag, in welks dienst het staat – het doembeeld van mouterij. Bovendien is het werkkterrein van militairen gewoonlijk niet de openbare ruimte,

zodat acties (afgezien van betogingen) niet snel daar zullen plaatsvinden. In tegenstelling tot die van andere essentiële diensten zullen actie van militaire ambtenaren zich dus al snel aan het gezichtsveld van de burger onttrekken. Het recht op andere vormen van collectieve actie van militairen valt dus in het niet bij het collectief actierecht van politieagenten.

13.2.2.3 *Compensatie voor het stakingsverbod*

Derden-interventie

Het voorgaande betekent dat art. 12i WAD militairen in een wezenlijk andere positie brengt dan andere ambtenaren en werknemers, die vrijelijk over hun arbeidsvoorwaarden kunnen onderhandelen: *‘Without the right to strike, collective bargaining amounts to collective begging.’*⁵ Vervolg vraag is wat normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren betekent voor het collectief arbeidsvoorwaardenoverleg. Kunnen de (vertegenwoordigers van) militairen in het cao-stelsel op dezelfde wijze worden gecompenseerd voor het gemis van het stakingsrecht als in het ‘georganiseerd overleg’? In mijn onderzoek ben ik twee vormen van compensatie tegengekomen: derden-interventie en het overlegstelsel zelf.

De eerste vorm van compensatie, die door de toezichthouders op de internationale verdragen ook als zodanig wordt beschouwd, is de instelling van een procedure voor verzoening, bemiddeling en arbitrage voor de beslechting van cao-conflicten (‘derden-interventie’). Verplichtingen op dit punt zijn te vinden in art. 6 lid 3 ESH en verschillende ILO-verdragen en -aanbevelingen. Instelling van de in art. 6 lid 3 ESH bedoelde procedure kan worden verwezenlijkt bij wet, bij cao, of door een goed functionerende praktijk. In de publieke sector heeft de wetgever in 1984 gehoor gegeven aan deze verplichtingen door instelling van de Advies en Arbitragecommissie Rijksdienst, die de taak heeft om te adviseren en arbitrale uitspraken te doen in geschillen die zich voordoen in het arbeidsvoorwaardenoverleg in de kabinetssectoren. Het doorlopen van de geschillenprocedure is niet verplicht. Uit statistische analyse blijkt dat het aantal adviezen/arbitrale uitspraken van de AAC sinds 1990 nagenoeg stabiel is voor de sectoren Rijk, Politie en Defensie. In de praktijk bewandelen de centrales bij patstellingen in het overleg ook alternatieve wegen, zoals bemiddeling op *ad hoc* basis, het opschorten van het overleg (zie hierna) of het aanspannen van een kort geding. Hieruit maak ik op dat de AAC nog steeds een rol van betekenis heeft, maar de commissie en/of de procedure niet geheel tegemoet komt aan de wensen van de centrales.

5 Zie hoofdstuk 11, voetnoot 1.

Met de inwerkingtreding van de Wnra is de wettelijke grondslag voor de overlegregels komen te vervallen in de Ambtenarenwet 2017. Voor de genormaliseerde sectoren is de procedure bij de AAC dus niet meer wettelijk geregeld. De keuze om per 1 januari 2020 deze of een vergelijkbare voorziening te treffen is verder overgelaten aan de cao-partijen. Inmiddels is duidelijk dat de AAC terugkeert in de ambtelijke cao's die op 1 januari 2020 zijn ingegaan. Naar mijn mening hoort de geschillenregeling bij de overheid geen onderwerp te zijn van het cao-overleg, zeker niet waar het gaat om essentiële diensten die door stakingsacties in gevaar kunnen komen. Genormaliseerd of niet, de overheid heeft nog steeds een bijzondere positie als werkgever – én een verantwoordelijkheid jegens de burger. Daarbij past het streven zo veel mogelijk conflicten langs minnelijke weg op te lossen. De overheidscao's van dit moment zijn in beginsel niet meer dan een technische omzetting van de inmiddels vervallen rechtspositiereglementen. Nu het strakke keurslijf van het georganiseerd overleg is afgegooid, althans in wettelijk opzicht, kunnen deze cao's zich verder gaan ontwikkelen. Denkbaar is dat cao-partijen besluiten om de derden-interventieclausule te schrappen. Uit cao-onderzoek blijkt dat het in de marktsector allerm minst gebruikelijk is dat cao's bepalingen bevatten inzake bemiddeling of arbitrage bij geschillen over een opvolgende cao.

Naar mijn mening zijn er zijn goede argumenten voor (de terugkeer van) een wettelijke voorziening, ook naast art. 6 lid 3 ESH. Voor de cao-partijen zelf kunnen negatieve publiciteit bij acties en een steeds beperktere stakingsbereidheid van werknemers reden zijn om op zoek te gaan naar andere manieren om het geschil te beëindigen. Daartoe kunnen partijen natuurlijk kiezen voor een voorziening bij cao, maar daarmee beperken zij zichzelf in de uitoefening van het collectief actierecht, zelfs indien zij slechts een *intentie* tot derden-interventie uitspreken. Een rechter zal in dat geval eerder geneigd zijn deze te betrekken bij het *ultimum remedium* criterium, dat na het *Amsta*-arrest van Hoge Raad nog steeds een rol speelt in de Nederlandse stakingsjurisprudentie, maar dan via de proportionaliteitstoets. Het door de wetgever bevorderen van de mogelijkheid van bemiddeling is bovendien in het publiek belang. Dit geldt temeer voor dreigende acties bij essentiële diensten. Bij een dreigende escalatie draait het conflict niet meer uitsluitend om de belangen van de cao-partijen, maar ook om die van derden die door een collectieve actie schade kunnen ondervinden. Daarom ben ik voorstander van herinvoering van de wettelijke grondslag voor de procedure bij de AAC. In ieder geval acht ik dit wenselijk voor sectoren die essentiële diensten leveren, zowel in de publieke als in de

private sector. Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan, door ook in de marktsector hierbij aan te sluiten, ofwel door een met de AAC vergelijkbare instantie in te stellen, ofwel door het werkgebied van de AAC uit te breiden – ‘omgekeerde normalisering’ dus.⁶

Voor de sector Defensie betekent dit, dat ik het behoud van een wettelijke grondslag voor de AAC (of een vergelijkbare voorziening) zie als een belangrijke randvoorwaarde voor normalisering. Kan hiermee worden volstaan? Voor militairen zijn in het verleden aanvullende geschillenregelingen tot stand gekomen ter compensatie van een (op handen zijnde) wettelijke beperking van het recht op collectieve actie: het *ultiem overleg* uit 1985 en het *sluitstuk op het overleg* uit 1993, oftewel de *sluitstukregeling*. In 2008 zijn bij invoering van art. 12i WAD een protocol met procedures voor het voeren van toegestane vormen van collectieve actie en een procedure met betrekking tot het beslechten van arbeidsconflicten in het vooruitzicht gesteld. Vooralsnog laat ook dit protocol op zich wachten. Het ultiem overleg en de sluitstukregeling zijn nimmer beproefd. Ik meen dat de idee van een aanvullende geschillenregeling kan worden verlaten. Indien daadwerkelijk een aanvullende geschillenregeling bestaat die kan dienen als stakingsalternatief (wat valt te bezien), moet deze dan niet gelden voor alle sectoren? Tot slot zij vermeld dat ik derden-interventie geenszins wil overschatten: niet ieder cao-conflict kan hiermee worden opgelost. Ook kan dit de collectieve actie nimmer vervangen: de dreiging van een collectieve actie is een wapen op zich.

Overlegstelsel

Een tweede compensatie voor het gemis van het stakingsrecht, althans in de ogen van de defensiebonden, biedt het overlegstelsel zelf. Voor de sector Defensie is de overlegprocedure uitgewerkt in het Besluit georganiseerd overleg sector Defensie, met art. 12 onder *p* WAD als wettelijke basis. De minister is verplicht om over ‘aangelegenheden van algemeen belang van de rechtstoestand’ van defensieambtenaren overleg te voeren met de vier centrales van overheidspersoneel die zitting hebben in de sectorcommissie Defensie. Het merendeel van de militaire bonden is aangesloten bij deze centrales, waardoor voor hen indirect toegang ontstaat tot het arbeidsvoorwaardenoverleg. Als aanvulling op de overlegplicht geldt voorts dat overeenstemming moet worden bereikt indien het gaat om een voorstel dat strekt tot het regelen van rechten en plichten van individuele (militaire) ambtenaren. Overeenstemming wordt bereikt indien de meerderheid van de sectorcommissie voor is,

6 Zie ook Fortuyn 1993, p. 65-66; Albeda 1989, p. 169

waarbij elke centrale één stem heeft (het *meerderheidsvereiste*). Het samenstel van de *overlegplicht* en het *overeenstemmingsvereiste* heb ik aangeduid als *overlegverplichtingen*.

Van dit overlegstelsel maken de militaire bonden op inventieve wijze gebruik om druk uit te oefenen op de minister van Defensie (als werkgever). Wanneer (een meerderheid van) de vier centrales zich eenzijdig terugtrekt van de onderhandelingstafel, kan de minister niet voldoen aan de overlegplicht en het overeenstemmingsvereiste. Aangenomen wordt, zowel door de centrales als de minister, dat het gevolg is dat de minister niet bevoegd is om eenzijdig te beslissen over onderwerpen die vallen onder deze overlegverplichtingen. De militaire bonden zijn relatief succesvol geweest in het volgen van deze strategie, bijvoorbeeld begin 2014, toen inwerkingtreding van de Wet uniformering loonbegrip, een neutraal bedoelde belastingmaatregel (een uniform loonstrookje voor alle werknemers), bijzonder nadelige gevolgen bleek te hebben voor het netto inkomen van militairen. Door het ‘staken van het overleg’ liepen belangrijke reorganisaties vertraging op, hetgeen de Staat bijna 10 miljoen euro kostte. Uiteindelijk werd een compensatiemaatregel in het vooruitzicht gesteld.

De militaire bonden beschouwen het opschorten van het overleg als stakingsalternatief. Om dit middel op waarde te kunnen schatten, is het de vraag in hoeverre de minister bij een overlegstaking de impasse kan doorbreken. Ten eerste kan de geschillenregeling formeel gezien een uitweg bieden. Partijen kunnen deze onafhankelijk van elkaar inroepen, maar het advies wordt grotendeels zijn waarde ontnomen wanneer één der partijen niet mee wil werken. De AAC is faciliterend van aard ten behoeve van de continuïteit van het overleg, maar zij mist de drukventielfunctie van de (overleg)staking. Ten tweede kan de minister ervoor kiezen om eenzijdig de besluitvorming door te zetten, al dan niet daarin gesterkt door een advies van de AAC. Dit hangt samen met de vraag naar de beslissingsbevoegdheid van de minister bij een overlegstaking. De jurisprudentie biedt geen eenduidig antwoord op deze vraag. Niettemin volgt uit zowel de wetsgeschiedenis, als de daaruit voortvloeiende vergelijking met het cao-stelsel, als het systeem der wet dat een splitsing moet worden gemaakt. Ten aanzien van onderwerpen die slechts vallen onder de algemene overlegplicht is de minister beslissingsbevoegd; ten aanzien van onderwerpen die ook vallen onder het overeenstemmingsvereiste is de minister niet beslissingsbevoegd. Of van inzet van het middel bij reorganisaties formeel gezien druk uit kan gaan, hangt voor de sector Defensie vooral af van de fase waarin deze zich bevinden, aangezien de overlegverplichtingen per fase verschillen, en of de reorganisaties gevolgen hebben voor het algemene personeelsbeleid. Alleen

indien uitsluitend sprake is van een overlegplicht, kan de minister de besluitvorming doorzetten, ook zonder medewerking van de centrales.

Bij de gemaakte splitsing moet een pas op de plaats worden gemaakt. Enerzijds omdat hieruit voortvloeit dat de centrales een op het eerste gezicht ongeclausuleerd machtsmiddel in handen hebben waar het gaat om onderwerpen die vallen onder het overeenstemmingsvereiste. Aangezien ook reorganisatiebesluiten hieronder kunnen vallen, kan dit verstrekken gevolgen hebben voor de bedrijfsvoering. De enige mogelijkheid tot begrenzing kan worden gezocht in het privaatrechtelijke leerstuk van misbruik van bevoegdheid (art. 3:13 BW). Anderzijds omdat onvoorwaardelijke aansluiting bij het standpunt dat de overheidswerkgever beslissingsbevoegd is waar het gaat om onderwerpen die slechts vallen onder de overlegplicht, het belang van de ambtenarenorganisaties ietwat doet vervagen, wat voor de militaire bonden extra wrang is omdat zij niet naar het stakingswapen kunnen grijpen.

Om discussie in de toekomst te voorkomen heb ik in hoofdstuk 11 aanbevolen om het verschijnsel een plaats te geven in het BGO (en het ARAR), waarbij de (inmiddels vervallen) regeling in de CAR/UWO als model kan dienen, hoewel ik ervoor pleit om deze mede vanwege het stakingsverbod voor militairen wat scherper aan te zetten en de minister slechts een beperkte beslissingsbevoegdheid te bieden. Op deze manier ontstaat een geclausuleerd recht als compromis tussen het belang van de defensiebonden en dat van de defensieorganisatie. Dit laatste heeft alles te maken met de gedeelde verantwoordelijkheid van de ambtenarenorganisaties en de overheidswerkgever. Zij staan in een duurzame relatie tot elkaar en zullen dus vroeg of laat weer door één deur moeten. De juridische onvolgroeidheid van de overlegstaking komt deze verhouding niet ten goede, zoals is gebleken in de Wul-casus.

Daarbij zij opgemerkt dat ik met mijn nadruk op de juridische implicaties van de overlegstaking geenszins heb willen afdoen aan de mogelijkheid om informeel uit de impasse te geraken. Sterker nog, dit heeft uiteraard de voorkeur. Juist omwille van de continuïteit in de verhoudingen zullen partijen tenslotte spaarzaam omgaan met open conflicten. Door te kiezen voor een formele uitweg als besproken in deze bijdrage, bestaat de kans op ontwrichting van de overlegverhoudingen, waarbij ik wederom verwijs naar de Wul-casus. Duidelijkheid over de rechten en plichten van partijen in het spel der onderhandelingen kan evenwel ook (op de achtergrond) een rol spelen bij de informele aanpak. De vraag is of dit middel kan worden gehandhaafd indien de rechtspositie van militaire ambtenaren wordt genormaliseerd. Het overeenstemmingsvereiste is ingevoerd om een gelijkwaardige onderhandelingspositie voor

de centrales veilig te stellen. Strikt genomen zijn de overlegverplichtingen niet meer nodig in het cao-stelsel. In de huidige overheidscao's, die vooral een technische omzetting zijn van de rechtspositiereglementen, keert het georganiseerd overleg echter terug. In hoofdstuk 2 heb ik de verwachting uitgesproken dat de overlegverplichtingen deel uit zullen blijven maken van het cao-overleg bij de overheid, in de eerste plaats omdat de centrales van overheidspersoneel deze niet snel zullen opgeven; in de tweede plaats omdat bij goede vertegenwoordiging van de ambtenaren in het overleg het algemeen belang is gediend, namelijk arbeidsrust. Voor de sector Defensie, waarin de defensiebonden het ultieme middel missen om hun positie in de onderhandelingen met kracht te ondersteunen, blijkt uit het voorgaande dat de overlegverplichtingen nog een andere functie hebben: het bieden van een stakingsalternatief.

Bij eventuele normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren krijgt de wetgever de kans om deze functie officieel te erkennen door de wettelijke regeling van het georganiseerd overleg in de sector Defensie in stand te houden, en, zoals hiervoor uiteengezet, de overlegstaking een plaats te geven in het BGO. Hiermee wordt tevens de inspraak van de centrales van overheidspersoneel gewaarborgd ten aanzien van de onderdelen van de rechtspositie van de militair die publiekrechtelijk geregeld blijven, hetgeen het draagvlak voor toekomstige wijzigingen kan vergroten. Deze onderdelen, samen te vatten als de bijzondere positie, vallen ook nu onder de overlegverplichtingen.

Ik ben mij ervan bewust dat deze conclusie haaks staat op de normaliseringsgedachte. Echter, de contractsvrijheid van de cao-partijen bij de overheid blijkt voor de wetgever niet heilig. Uit art. 13b AW 2017 bijvoorbeeld, volgt dat voor ambtenaren van de Staten-Generaal in beginsel de arbeidsvoorwaarden gelden die zijn opgenomen in de cao voor de sector Rijk.⁷ Onorthodox of niet, ik beschouw de handhaving van het georganiseerd overleg als randvoorwaarde voor normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren. Een andere opvatting zou immers betekenen dat de centrales een pressiemiddel verliezen – met (nog) ongelijkere overlegverhoudingen tot gevolg.

7 De memorie van toelichting vermeldt dat er ruimte blijft om aanvullende of in enkele gevallen afwijkende voorwaarden af te spreken, wanneer dat nodig is voor de taakuitvoering van de Staten-Generaal (*Kamerstukken II* 2018/19, 35073, 3, p. 83-84 (MvT Aanpassingswet Wnra)). Ook voor ambtenaren bij de Raad van State en zelfstandige bestuursorganen die geen onderdeel uitmaken van de Staat, is de binding aan de cao Rijk wettelijk geregeld. Onder bepaalde voorwaarden zijn afwijkingen mogelijk (zie art. 13a Wet op de Raad van State; art. 15 Kaderwet zbo's). Zie ook Barentsen, *TRA* 2020/3, par. 4.

13.3 Het kán, en dan?

In de inleiding van dit proefschrift heb ik de hypothese geponeerd dat de rechtspositie van militairen ambtenaren kán worden genormaliseerd. In dit onderzoek ben ik niet gestuit op een juridische *dealbreaker*. Dit betekent dat dit proefschrift de hypothese ondersteunt: het kán! Vervolgvraag is of normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren ook *wenselijk* is.

Het voornaamste argument dat pleit voor normalisering van de rechtspositie van militaire ambtenaren is het streven naar een uniforme regeling van arbeidsverhoudingen. Dat uniformiteit de hoofdregel is, kan worden afgeleid uit de wetsgeschiedenis bij de Wet op arbeidsovereenkomst van 1907 en, meer algemeen, uit het gelijkheidsbeginsel, zoals opgenomen in art. 1 Gw en internationale verdragen. Dit uitgangspunt ligt ook ten grondslag aan de Wnra, welke wet uiteindelijk draait om ‘principiële gelijkheid’ van ambtenaren en werknemers.

In hoofdstuk 3 kwam naar voren dat het werken bij de krijgsmacht een ontwikkeling heeft doorgemaakt – van ‘*institution*’ naar ‘*occupation*’. De krijgsmacht heeft nog steeds institutionele trekken, bijvoorbeeld het loon, dat niet afhankelijk van de individuele expertise maar van rang en anciënniteit. Veel bijzondere rechten en plichten van militaire ambtenaren zijn ook niet op geld te waarderen, getuige de mislukte poging van een aantal jaar geleden om te komen tot een pakketvergelijking. Toch is het militair-zijn tegenwoordig in veel opzichten verworpen tot ‘*just another job*’. Sinds de jaren zeventig van de vorige eeuw wordt bij het personeelsbeleid uitdrukkelijk rekening gehouden met vergelijkbare ontwikkelingen in de burgerlijke overheidsdienst en in de marktsector – de zogeheten ‘gelijkstellingsgedachte’. Deze komt voort uit de wens tot vermaatschappelijking van de krijgsmacht, die is gericht op voorkoming van een isolement van de krijgsmacht (‘een staat in de staat’). Voor haar geloofwaardigheid is het niet wenselijk dat de krijgsmacht achterop raakt bij veranderende opvattingen en omstandigheden in de moderne samenleving, of, in de woorden van voormalig staatssecretaris van Defensie Van Hoof: ‘We moeten voorkomen dat we niet doorschieten in het bijzondere en ons onnodig verwijderen van de ontwikkelingen in de samenleving.’⁸ Ook vanuit het perspectief van de krijgsmacht is uniformiteit dus de hoofdregel. Door mee te gaan in de normaliseringontwikkeling behoudt Defensie aansluiting bij andere (overheids)werkgevers.

8 Van Hoof, *MRT* 2000, p. 2-3.

Een tweede argument is dat het maar de vraag is in hoeverre de uitzonderingspositie die militairen ten deel is gevallen, daadwerkelijk valt toe te juichen, zowel voor Defensie als voor de militair. Hoe zal het gaan met de rechtsontwikkeling van het ambtenarenrecht nu het leeuwendeel van de ambtenaren is weggetrokken naar het arbeidsrecht? Voor de ontwikkeling van de rechtspositie kunnen de uitzonderingen in de Wnra niet langer leunen op de sector Rijk. Dit betekent dat zij zelf regelingen moeten ontwerpen en uitvoeren. Bovendien wordt het ambtenarenrecht op steeds minder universiteiten gedoceerd.⁹ Ook in de rechtswetenschappelijke literatuur is, los van de Wnra, minder aandacht voor kwesties die spelen in het ambtenarenrecht 'oude stijl'; bij de bestuursrechter en de Centrale Raad van Beroep valt zo'n 76% van de ambtenarenzaken weg,¹⁰ en advocaten/praktijkjuristen met aan ambtenaarrechtelijke achtergrond leggen zich sinds 1 januari 2020 vooral toe op de genormaliseerde ambtenaren. Verwordt het militaire ambtenarenrecht in de toekomst tot een obscuur figuur? Hun lot indachtig acht ik het ook hierom wenselijk om voor militaire ambtenaren wenselijk om zo veel mogelijk één lijn te trekken.

Daar kan tegenin worden gebracht dat de militair ambtenaar na aanstelling inlevert op zijn autonomie, hetgeen tot uitdrukking komt in een veelheid van bijzondere (wettelijke) bepalingen. De noodzaak van deze bepalingen komt voort uit de taakstelling van de krijgsmacht. Het opgeven van de publiekrechtelijke aanstelling kan daarom alleen bij een bereidheid om de bijzondere bepalingen te behouden. Hoewel een uniform rechtspositieregime kan worden bereikt, zal de bijzondere wet omvangrijk zijn – veel omvangrijker dan de AW 2017, die, afgezien van de overgangs- en slotbepalingen, slechts dertien artikelen telt. Een reden voor harmonisatie is nu juist de overzichtelijkheid van wetgeving. Het valt te betwijfelen of normalisering de overzichtelijkheid van de rechtspositie van militaire ambtenaren ten goede komt. Daarbij speelt een rol dat, zoals hiervoor besproken, de bijzondere positie doorwerkt in ogenschijnlijk 'gewone' onderdelen van de rechtspositie van de militair ambtenaar. Het

9 In het collegejaar 2017-2018 hebben de Vrije Universiteit (VU) en Universiteit van Amsterdam (UvA) het mastervak ambtenarenrecht/de overheid als werkgever geschrapt in het curriculum. Ook Tilburg University heeft het keuzevak geschrapt en besteedt slechts in Capita selecta arbeidsrecht aandacht aan bijzondere arbeidsverhoudingen. De Universiteit van Amsterdam biedt het mastervak Militair Ambtenarenrecht, dat onderdeel uitmaakt van het specialisatietraject Militair Recht. De Universiteit Leiden biedt het mastervak Arbeidsverhoudingen bij de overheid.

10 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 32550, 64 (Advisering Raad voor de rechtspraak over werklust en kosten invoering Wnra), p. 3.

risico bestaat, zoals ook al werd gevreesd bij de totstandkoming van de MAW, dat er een ‘wetstechnische puzzel’ ontstaat, waarbij de militair, zijn rechtshulpverlener of zelfs de kantonrechter verzandt in een *jungle* van bepalingen. Er is dus een zekere spanning tussen de eenheid van het arbeidsrecht en het tot zijn recht komen van de bijzondere militaire verhoudingen. Dat dit niet onoverkomelijk is, wordt geïllustreerd door de positie van zeevarenden, die aan het begin van de twintigste eeuw samen met de ambtenaren werden uitgesloten van de Wet op de arbeidsovereenkomst. In 2013 is het maritiem arbeidsovereenkomstenrecht van het Wetboek van Koophandel overgeheveld naar afdeling 7.10.12 BW.¹¹ Deze afdeling bevat een groot aantal afwijkende bepalingen (art. 7:694 t/m 738f BW), die samenhangen met de bijzondere (internationale) omstandigheden waaronder zeevarenden arbeid verrichten.¹² Kennelijk levert dit geen strijd op met de uniformiteitsgedachte. Waarom zou dit voor de militair ambtenaar dan anders zijn?

Ten tweede geldt dat normalisering van de rechtspositie van de militair van een geheel andere orde is dan normalisering van de rechtspositie van ambtenaren, zoals bewerkstelligd met de Wnra. In de vorige paragraaf heb ik onorthodoxe randvoorwaarden geschetst, waaronder het opzij-zetten van de contractsvrijheid van de cao-partijen ten faveure van het georganiseerd overleg, de bevoegdheid om bij buitengewone omstandigheden af te wijken van titel 7.10 BW en deelname van militaire leden aan de rechtspraak in eerste aanleg en hoger beroep. Toch meen ik dat alle afwijkingen afzonderlijk en in onderlinge samenhang bezien niet zo fundamenteel van aard zijn, dat sprake is van het ‘herbouwen’ van het arbeidsrecht.¹³ Het arbeidsovereenkomstenrecht maakt *juist* inbreuk op het de contractsvrijheid door de ongelijkheid tussen de werkgever en de werknemer te compenseren met dwingend recht. Ik zie niet in waarom de belangentegenstelling tussen Defensie en de militair niet via het arbeidsrecht kan worden gereguleerd.¹⁴ In veel opzichten is de militair

11 Bij de herziening van het Wetboek van Koophandel per 1 oktober 1937 werd als uitgangspunt genomen dat de maritieme arbeidsrecht geldt als *lex specialis* ten opzichte van het arbeidsovereenkomstenrecht in de BW (*Kamerstukken II* 1928/29, 190, 3, p. 12; zie uitgebreid Van der Voet 2017, p. 374-375).

12 Zie over de zeevarende uitgebreid Van der Voet, Bergwerf en Boot 2017, p. 351-440; Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/464 t/m 525. Zie ook de schakelbepaling van art. 7:696 lid 1 BW, waarin staat dat de bepalingen van de afdelingen 1 t/m 9 en 11 van titel 7.10 BW van overeenkomstige toepassing zijn op afdeling 12, voor zover daarvan in afdeling 12 niet is afgeweken.

13 De term ‘herbouwen’ is in 2005 gebruikt door J.P. Arts (ACOM, CNV-bond) om een uitzonderingspositie te bepleiten (Sprengers 2006, p. 57).

14 Zie over de maatschappelijke functie van het arbeidsrecht Bouwens, Houwerzijl &

de zwakkere partij die beschermd moet worden, bijvoorbeeld door het bieden van compensatie voor het stakingsverbod. Voor de inzetbaarheid van de krijgsmacht is de regering evenwel afhankelijk van de beschikbaarheid en inzetbaarheid van de militair, die wordt gewaarborgd door veel van de door mij gestelde normaliseringsvoorwaarden.

Derde tegenargument is dat een pas op de plaats moet worden gemaakt bij mijn constatering dat er geen juridische bezwaren zijn tegen een overstap voor militairen naar het arbeidsrecht. Deze conclusie geldt namelijk naar *huidig* recht. De afgelopen jaren hebben aangetoond dat het arbeidsrecht in sneltreinvaart kan veranderen. Het wetgevingstraject nam bij de Wwz en de Wab minder dan zeven maanden (!) in beslag.¹⁵ Bovendien is het maar de vraag hoe het arbeidsrecht zich in de toekomst zal ontwikkelen, mede met het oog op het verschil in bescherming tussen werknemers in vaste dienst enerzijds, en flexibele arbeidskrachten en zzp'ers anderzijds – een verschil in behandeling dat steeds meer wringt. Wordt het ontslagrecht bijvoorbeeld weer versoepeld, een van de adviezen van de Commissie regulering van werk (de commissie-Borstlap)?¹⁶ Of gaat de hele systematiek van titel 7.10 BW op de schop, met als uitgangspunt dat iedere ‘werker’ dezelfde bescherming toekomt, ongeacht de contractvorm, zoals voorgesteld in het *Wetboek van Werk*?¹⁷ Bij dergelijke ingrijpende wijzigingen van het arbeidsrecht doemt het schrikbeeld op dat de bijzondere positie – als component van het geheel – over het hoofd wordt gezien. Een afzonderlijke regeling biedt garantie dat de bijzondere positie bij toekomstige wijzigingen duidelijk op het netvlies staat. Deze onzekerheid voor de toekomst pleit op het eerste gezicht voor behoud van de publiekrechtelijke aanstelling. Daar

Roozendaal 2019, par. 1.5.3; Houweling e.a., *Arbeidsrechtelijke Themata I* 2018, p. 42-45. Zie ook Asser/Heerma van Voss 7-V 2015/10.

- 15 De Wwz vloeit voort uit het Sociaal Akkoord dat de sociale partners en het kabinet op 11 april 2013 hebben gesloten. Op 29 november 2014 heeft de regering de Wwz ingediend (*Kamerstukken II* 2013/14, 33818, 1); op 14 juni 2014 is deze wet gepubliceerd in het Staatsblad (Wet van 14 juni 2014, *Stb.* 216); op 1 juli 2015 is de Wwz (grotendeels) in werking getreden (Besluit van 10 juli 2014, *Stb.* 274). De Wab is op 6 november 2018 ingediend door de regering; op 19 juli 2019 is deze wet gepubliceerd in het Staatsblad (Wet van 29 mei 2019, *Stb.* 219); op 1 januari 2020 is deze wet (grotendeels) in werking getreden (Besluit van 11 juli 2019, *Stb.* 266).
- 16 *In wat voor land willen wij werken? Naar een nieuw ontwerp voor de regulering van werk. Eindrapport van de Commissie Regulering van Werk 23 januari 2020*, bijlage bij *Kamerstukken I* 2019/20, 29544, A.
- 17 Voluit *Concept design Wetboek van Werk 2025*. Het Wetboek van Werk is opgesteld door een expertgroep van de Vereniging Arbeidsrecht Advocaten Nederland (VAAN) en de Vereniging voor Arbeidsrecht (VvA). Deze bestaat uit arbeidsrechtadvocaten en wetenschappers. Het wetboek is te raadplegen via <vaan-arbeidsrecht.nl/contents/wetboek-van-werk>.

valt echter tegenin te brengen dat dit ook geldt voor de reeds genormaliseerde ambtenaren (en andere bijzondere arbeidsverhoudingen). Los van het normaliseringsvraagstuk is van belang is dat in het wetgevingsproces garanties worden ingebouwd dat de bijzondere positie van (militaire) ambtenaren niet over het over hoofd wordt gezien.

Het vierde tegenargument hangt samen met de wens om per overheids-werkgever zo veel mogelijk één arbeidsrechtelijk regime te laten gelden. Deze wens heeft voor burgerlijke ambtenaren bij Defensie geresulteerd in een uitzonderingspositie in de Wnra. In hoofdstuk 3 kwam naar voren dat bij Defensie vier categorieën personeel (kunnen) werken: beroepsmilitairen, reservisten, burgerambtenaren en dienstplichtigen. Iedere categorie kent een eigen rechtspositie, die qua vorm en inhoud in meer of mindere mate overeenkomt. Stel, dat de rechtspositie van militaire ambtenaren wordt genormaliseerd – betekent dit dat ook het overige defensiepersoneel een arbeidsovereenkomst kan krijgen? Voor de burgerlijke ambtenaren bij Defensie luidt het antwoord op deze vraag zonder meer bevestigend. Aanvankelijk was deze groep ambtenaren ook niet uitgezonderd van de Wnra. Bij de behandeling van de Wnra is de vorm van hun rechtspositie via een amendement afhankelijk gemaakt van die van het rechtspositie-regime voor militaire ambtenaren.

De rechtspositie van reservisten sluit aan op die van beroepsmilitairen. In beginsel valt een aanstelling bij het reservepersoneel van de krijgsmacht te kwalificeren als een arbeidsovereenkomst met uitgestelde prestatieplicht. Ietwat wrang is de constatering dat oproepkrachten in het arbeidsrecht beter worden beschermd dan reservisten. Bij eventuele normalisering van de rechtspositie van de beroepsmilitair verdient de positie van de reservist daarom bijzondere aandacht, onder meer ten aanzien van de beschermende bepalingen voor de oproepkracht, de uitsluiting van de loondoorbetalingsverplichting en de ketenregeling bij opeenvolgende arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd. Ook los van het normaliseringsvraagstuk is het de vraag of de reservist niet tenminste dezelfde, toch al minimale, bescherming toe moet komen als de oproepkracht in het arbeidsrecht. Het toenemend belang van de flexibele schil van de 'adaptieve krijgsmacht' vraagt naar mijn mening om nader onderzoek naar de rechtspositie van de reservist. Dienstplichtigen ten slotte, worden ingelijfd. Inherent aan de dienstplicht is het ontbreken van wilsovereenstemming, waardoor geen sprake kan zijn van een arbeidsovereenkomst – een onoverkomelijk bezwaar tegen normalisering.

Indien de rechtspositie van (militaire) ambtenaren bij Defensie wordt genormaliseerd, dan heeft dit tot gevolg dat binnen de defensieorganisatie twee verschillende rechtsposities bestaan – althans in potentie, want op 1

mei 1997 is de opkomstplicht van dienstplichtigen opgeschort. Het hanteren van twee rechtsregimes binnen één overheidswerkgever is minder doelmatig, maar niet onoverkomelijk, getuige de twee soorten ambtenaren bij de Rechtspraak: de gerechtsambtenaren, wier rechtspositie inmiddels is genormaliseerd, en rechterlijke ambtenaren, die een uitzonderingspositie in de Wnra hebben. Voor Defensie zal het verschil pas bij een eventuele beëindiging van de opschorting van de opkomstplicht merkbaar worden. Dat is niet een heel voor de hand liggend scenario, dat echter niet helemaal kan worden uitgesloten zolang de dienstplicht niet is afgeschaft.

De behoefte aan erkenning van de bijzondere positie van de militair is, gelet op de offers die worden gevraagd in rechtspositionele zin, alleszins begrijpelijk. In deze conclusie heb ik duidelijk willen maken dat de bijzondere positie vorm kan krijgen in zowel het militaire ambtenarenrecht als het arbeidsrecht. De vier argumenten die ik zojuist heb genoemd, lijken op zichzelf voldoende steekhoudend om de uitzonderingspositie in de Wnra, en daarmee het behoud van de ambtelijke aanstelling, te verdedigen. Met name het grote aantal bijzondere rechten en verplichtingen, alsmede de onorthodoxe randvoorwaarden waaronder de normalisering van de rechtspositie van de militair ambtenaar dient te geschieden, zullen menigeen huiverig maken om aan het normaliseringsproces, met de Wnra als vermeende laatste stap, nog een militair *addendum* toe te voegen.

Toch betwijfel ik of het een juiste keuze is om militaire en burgerlijke ambtenaren bij Defensie te positioneren op een ‘WAD-eiland’. Hoe uitzonderlijker dit eiland wordt gemaakt, hoe groter de kans is dat het zich aan het gezichtsveld van het vaste ‘BW-land’ onttrekt. Dat is nu al het geval. Bij nieuwe wetgeving geeft de wetgever er lang niet altijd rekenschap van zich bewust te zijn van de bijzondere positie van de militair. En ook in de wetenschap wordt de militair over het hoofd gezien. Illustratief is dat het boek *Bijzondere arbeidsverhoudingen*, dat in 753 pagina’s verspreid over zestien hoofdstukken handelt over bijvoorbeeld de ambtenaar, de sporter, de geestelijke, de zeevarende en de handelsagent, geen enkele aandacht besteedt aan de militair ambtenaar.¹⁸ In dit proefschrift heb ik geconcludeerd dat de normalisering van de rechtspositie van de militair ambtenaar haalbaar is. Omwille van de aansluiting bij andere arbeidsverhoudingen acht ik het wenselijk om voorwaarts te gaan. Laten we de militaire rechtspositie integreren in het arbeidsrecht en deze verheffen tot het *Central Park* van het arbeidsrecht: bijzonder, maar niet te missen.

18 Van der Voet 2017.